This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

1.00

Bd. May 1904

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 4, 1904

Digitized by Google

Italy

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

QUISTIONI

DI

DIRITTO CIVILE

VOL. II.

DIRITTO EREDITARIO

E

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

Digitized by Google

Digitized by Google

QUISTIONI

DI

DIRITTO CIVILE

SVOLTE DA

C. F. GABBA

VOL. II.

DIRITTO EREDITARIO

E

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI

MILANO	ROMA	FIRENZE
Corso Vittorio Em., 21	Via del Corso, 216-217	Via Cerretani, 8

Depositi a PALERMO-MESSINA-CATANIA

1898

Digitized by Google

Rec. May 4, 1907.

Digitized by Google

PARTE PRIMA

QUISTIONI DI DIRITTO EREDITARIO

Digitized by Google

Digitized by Google

La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie.

Più di una volta la giurisprudenza italiana ebbe a dichiarare la ammissibilità di condizioni risolutive apposte a istituzioni di erede. Vedansi p. es. Cass. Napoli, 9 settembre 1874, Romei c. Roma (*Giurisp. it.*, 1874, I, 690, e Cass. Palermo, 30 dicembre 1892 (*Foro it.*, vol. XVIII, I, 604). Ma è noto essere tutt'altro che pacifica nella scienza cotesta tesi, e per avventura prevalere fra i giuristi l'opinione che la condizione risolutiva, ammissibile nei legati, non lo sia invece nelle disposizioni testamentarie a titolo universale. Voglionsi però considerare distintamente i romanisti e i civilisti.

Fra i romanisti è certamente prevalente l'opinione anzidetta. Nel testo romano non trovansi che argomenti indiretti a pro di tale opinione: v. l. 89, D. *de her. inst.;* l. 3 § 10, D. *de minor.;* l. 3, § 2, D. *de lib. et posth.;* l. 15, § 4, D. *de testam.*, ma da questi indiretti argomenti molti romanisti credono di potere inferire con sufficiente sicurezza. Per non citare che i più recenti, non ammette la condizione risolutiva nella istituzione di erede l'Arndts (*Lehrb. d. Pand.*, 2ª ediz., § 295, nota I e § 8, n. 3), basandosi sul canone che *hereditas ex die, vel ad diem non recte datur* (l. 34, D. *de hered. istit.*). Non l'ammette Windscheid (*Lehrb. d. Pand.*, § 554, 4), basandosi sullo stesso argomento, e, di più, argomentando *a contrariis*, cioè dall'essere la condizione risolutiva ammessa pel soldato (l. 15, § 4, D. *de testam. mil.*). Non l'ammette il Savigny (*Syst.*, vol. III, p. 218) basandosi sulla l. 88. D. *de hered.*

Digitized by Google

instit.; non potest.... efficere ut qui semel heres extitit, desinat heres esse; sulla l. 3, § 2, D. *de lib. et posth: post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod impossibile est:* e sulla l. 3, § 10, *de minor: sine dubio heres manebit qui semel heres extitit.* E per consimili ragioni sono dello stesso avviso THIBAUT (*Civ. Arch.*, V, 137), MÜHLENBRUCH XX(, 190), PUCHTA (*Lehrb. d. Pand.*, § 475), e VANGEROW (*Pand.*, III, § 434); KELLER (*Instit.*, § 491), DERNBURG (*Pand.* 3°, § 82), WAECHTER (*Pand.*, § 291, n. 8). Per quasi tutti i moderni romanisti la condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede si deve avere per non scritta. Soltanto alcuni vorrebbero che la si interpretasse sospensivamente, opinione combattuta da VANGEROW (*ivi*); il WINDSCHEID vorrebbe che, per dare effetto alla volontà del testatore, l' istituito risolutivamente dovesse passare al sostituito la eredità come legato, opinione fortemente combattuta da CZYHLARZ (*Resolutivbedingung*, p. 25).

La prevalente opinione dei romanisti, contraria alla condizione risolutiva nelle istituzioni di erede, non ha impedito che l'opinione opposta venisse esplicitamente accettata in alcune legislazioni civili moderne, come p. es. nel Codice civile austriaco, nel Codice civile sassone, e nel Progetto di codice civile germanico. Il Codice civile austriaco contempla espressamente nel § 708 le condizioni *negative* e *risolutive* apposte alla istituzione di erede od al legato, e statuisce che, verificandosi la condizione, il sostituito abbia verso l'istituito gli stessi diritti che ha il fedecommessario verso il fiduciario. Il Codice civile sassone al § 2013, contempla pure la condizione risolutiva nella istituzione di erede. Notisi che entrambi i codici, contrariamente alla dottrina romana, ammettono anche le istituzioni di erede *ex die* e *in diem.* Anche nel Progetto di codice civile germanico è fuor di dubbio ammessa la condizione risolutiva nelle istituzioni di erede. Imperocchè le condizioni risolutive sonvi contemplate nella Parte generale (§ 128) come modalità possi-

Digitized by Google

bili, di ogni specie di giuridici negozî, quindi anche del testamento, e di ogni disposizione testamentaria. Oltracciò il Progetto contempla espressamente, nel § 1764, un caso di condizione testamentaria risolutiva, e anche ammette che si possano istituire più eredi, di cui uno (*Nacherbe*) sottentri ad altro anteriore (*Vorerbe*) (§ 1804 e segg.), il quale istituto è ancor più contrario della condizione risolutiva al canone romano *semel heres semper heres.*

Fra i civilisti italiani sono per la validità delle condizioni risolutive apposte alla istituzione di erede, il Pescatore (*Filosof. e dottr. giur.*), il Borsari, (*Comm. cod. civ.*, art. 851), il Cuturi (*Sostit. fidecomm.*, p. 325 e seg.), il Pacifici-Mazzoni (*Success.*, vol. 3, n. 168, 199), il Lomonaco, (*Istit.*, vol. 2, n. 97), il Gianturco, (*Istit.*, § 109, 3); — la negano il Ricci (*Comm.*, III, n. 237), il Doveri, *Istit.*, II. 479 i-n), il Chironi (*Istit.*, vol. I, p. 104), il Brezzo, (*Studi scient. prat.*, pag. 34 e seg.), il Venezian (*Usufrutto*, vol. 1, p. 341).

Vi hanno però due diversi modi di intendere la condizione risolutiva apposta al testamento e l'efficacia sua.

Vi ha chi intende che la eredità, lasciata sotto condizione risolutiva, non faccia che passare dall'istituito a chi diventa erede quando la condizione si verifica; e vi ha chi al verificarsi della condizione risolutiva reputa cancellarsi affatto il nome e la memoria dell'istituito, e ogni effetto della sua adizione, e l'erede sottentrato a lui, essere tale e far valere il suo diritto in tutti gli effetti suoi retroattivamente fino alla morte del *de cujus.*

Il primo modo di intendere è manifestamente seguito dal codice civile austriaco, il quale (§ 708) dà all'erede sotto condizione risolutiva gli stessi obblighi e diritti del fiduciario verso il sostituito fedecommissario, cioè (§ 608) gli dà un diritto limitato di proprietà, a modo di usufrutto, sino al verificarsi della condizione. Codesto modo di intendere la istituzione in discorso, non è certamente il vero, ma è tale soltanto il se-

Digitized by Google

condo. Imperocchè in quella guisa la istituzione in discorso non differisce affatto da una sostituzione fedecommissaria, benchè il codice austriaco distingua a parole i due istituti. Come al verificarsi della condizione sospensiva l'erede acquista retroattivamente tutti i diritti, e assume tutti gli obblighi ereditari sino dal giorno della morte del *de cujus*, così, per converso, al verificarsi della condizione risolutiva, chi diventa erede fa valere questa qualità sua, sia pei diritti, sia per gli obblighi, totalmente, senza restrizione alcuna, fino a quel momento. Per l'una condizione e l'altra vale il canone: *conditio existens retrotrahitur ad initium negotii*, tanto più che la condizione, risolutiva per l'erede a cui è imposta, è sospensiva per chi deve avere l'eredità al verificarsi di essa.

Gli è appunto perchè l'istituzione di erede sotto condizione risolutiva può intendersi coll'effetto di far passare la eredità da un erede ad un altro, che essa viene spesso adoperata onde eludere il divieto della sostituzione fedecommissaria, dove questo divieto esiste. E la giurisprudenza italiana è ricca di casi di tal genere, difficili spesso a discernere e colpire. Ad evitare una tale confusione di istituti diversi, non vi ha altro mezzo che l'applicazione rigorosa della regola suddetta, cioè che, verificata la condizione risolutiva, sparisce del tutto l'erede istituito, con tutti gli effetti giuridici a lui vantaggiosi della sua adizione, e non meno per il passato, cioè retroattivamente, che per l'avvenire. Dico gli effetti vantaggiosi all'erede condizionato, e questi soltanto; onde non è dubbio che gli atti d'amministrazione posti in essere da quello, e non infetti di dolo, conservano il loro valore, e, come osserva il Venezian (*ib.*, p. 334), le servitù attive da esso acquistate, e il possesso, da lui tenuto, approdano all'erede definitivo. Che poi debba questi sopportare, come pure osserva il Venezian, il deterioramento delle cose ereditarie, causato dall'uso normale fattone dall'erede condizionato, pendente la condizione, io non vedo con qual buona ragione si possa sostenere.

Digitized by Google

Io non posso quindi convenire con quei giuristi, come il Troplong tra i francesi, il Borsari (l. c.) e il Brezzo (l. c.) fra gli italiani, i quali consentono che, almeno nel caso di buona fede, l'erede istituito possa, non ostante l'avveramento della condizione risolutiva, ritenersi i frutti percetti. Il Brezzo (p. 40) ritiene anzi che il testatore possa validamente riservare i frutti all'erede istituito sotto condizione risolutiva, nel caso di verificata condizione, la qual cosa è anche ritenuta da Windscheid (p. 635. nota 6). Ciò mi pare inconciliabile colla propria natura della condizione risolutiva, anzi di ogni condizione apposta alla istituzione di erede. Ammettere che la qualità e il diritto di erede sono condizionali, e che, al verificarsi della condizione, la qualità e il diritto di erede non si abbiano a far valere rispetto a tutti gli elementi, e in particolare a tutti i frutti, della eredità, fin dal giorno della morte del *de cujus*, mi pare una contraddizione nei termini. Per me poi chi dice di nominare un erede sotto condizione risolutiva, ed in pari tempo gli riserva i frutti percetti fino al verificarsi della condizione, gli riserva in realtà parte dell'eredità, perchè *fructus augent hereditatem*, e quindi pone in essere una sostituzione fedecommissaria parziale, la quale è certamente inammissibile in diritto civile italiano. Anche il Cuturi (l. c.) non intende l'effetto della condizione risolutiva adempiuta, in altro modo che in quello da me propugnato. E questa è anche la esplicita dottrina della Cassazione di Palermo nella suaccennata sentenza, di che io non posso che encomiarla.

Così intesa la efficacia della condizione risolutiva, apposta alla istituzione di erede, io credo coi civilisti ricordati sopra, che nel diritto civile italiano non la si possa maggiormente ammettere che nel diritto romano, e che, appunto perchè non ammissibile, il nostro codice civile non l'abbia affatto contemplata.

Vero è che l'art. 848 riconosce in generale potersi una

Digitized by Google

disposizione a titolo universale o particolare, fare anche sotto condizione. Ma se questa menzione di condizione potesse comprendere tanto la condizione risolutiva, quanto la sospensiva, e tanto per la istituzione di erede, quanto per il legato, il legislatore avrebbe poi contemplato a parte la condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede, come ciò fece rispetto alla condizione sospensiva. Invece egli considera a parte e regola soltanto le istituzioni di erede condizionate sospensivamente (art. 357-860). E non mancava ragione al legislatore di contemplare la istituzione di erede condizionata risolutivamente, se questa istituzione egli avesse reputato possibile. Imperocchè, come nel caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva, occorre assicurare in pari tempo l'eredità contro il chiamato sotto condizione, e il diritto di questo contro gli eredi legittimi, similmente nel caso di istituzione di erede sotto condizione risolutiva occorrerebbe assicurare l'eredità contro il chiamato sotto condizione, e il diritto dell'erede legittimo o del chiamato al verificarsi della condizione, contro il chiamato pel primo al possesso dell'eredità. Ora la prima cosa ha fatto bensì il legislatore negli articoli 857-860, ma alla seconda non ha pensato affatto; che se la seconda cosa egli non fece, ciò non può altrimenti spiegarsi, se non perchè non pensò affatto che un erede si potesse istituire sotto condizione risolutiva.

Ancor più notevole e significante è il silenzio del legislatore circa le guarentigie dei diritti che rimangono sospesi pendente la condizione risolutiva, al riflettere che egli non ha mancato di occuparsene e di definirle rispetto alla istituzione di erede condizionata *al non fare o al non dare.* Che questa sia una condizione potestativa, e in pari tempo risolutiva, non è dubbio, e quindi non può altrimenti spiegarsi il silenzio della legge rispetto a tutte le altre condizioni risolutive, se non supponendo e ritenendo che il legislatore non reputò ammissibile in generale l'istituzione di erede sotto condizione risolutiva,

Digitized by Google

ma soltanto reputò tale quella alligata a condizione negativa potestativa. Del resto osserva opportunamente il VENEZIAN (l. c.) che la condizione risolutiva di non fare o di non dare, contemplata dall'art. 855 (1), si traduce in una sospensiva opposta, e che la cauzione muciana, vale, come dice il WINDSCHEID (*l. c.* § 554), adempimento della condizione, e obbligo assunto dall'erede condizionato, il quale in virtù di essa cauzione, anzichè del testamento, restituirà l'eredità, se l'avvenimento posto in condizione verrà a verificarsi. Per tutte le altre condizioni risolutive, oltre a quella di *non fare* o di *non dare*, la manifesta impossibilità di conciliare il silenzio del legislatore circa le guarentigie dei diritti sospesi pendente la condizione risolutiva, col proposito di ammettere in generale istituzioni di erede in tal modo condizionate, è un insuperabile obbietto contro l'argomento che l'illustre PESCATORE vorrebbe appunto desumere dallo speciale disposto dell'art. 855.

Anche l'art. 128, osserva giustamente il VENEZIAN (l. c. f. 346), non può addursi a favore della tesi della ammissibilità della condizione risolutiva nelle istituzioni di erede. Imperocchè si ha qui pure un esempio di risoluzione per un *fare* divietato all'erede; io osservo poi che in questo caso la caducità del diritto dell'erede è una pena imposta della legge.

Ma oltre alla indiretta deduzione della mia tesi da ciò che il nostro legislatore non dice, io credo col VENEZIAN (l. c.) che essa possa anche argomentarsi da ciò che egli afferma rispetto ad un argomento affine. L'art. 851 ha per non apposto ad una disposizione testamentaria a titolo universale, tanto il termine *a quo*, quanto il termine *ad quem*, e anche a me pare che di qui alla inammissibilità di una condizione risolutiva, apposta ad una tale disposizione, sia logica la illazione. Imperocchè tanto la condizione risolutiva, quanto il termine

---

(1) Alla specie di condizioni contemplate nell'art. 855 si riduce manifestamente la condizione mentovata nell'art. 850 c. fr.

Digitized by Google

fanno si che cessi di essere erede chi lo era prima, e, rispetto al termine in particolare, questo solo può essere il motivo dell'inefficacia sua, poichè in esso, a differenza dalla condizione risolutiva, chiara è la intenzione del testatore che l'erede nulla restituisca di ciò che pendente il termine abbia ricevuto dalla eredità.

L'illustre Pescatore, il prof. Cuturi ed altri desumono altresì un argomento in favore della condizione risolutiva apposta a una disposizione testamentaria a titolo universale, dalla ralazione giuridica fra coeredi, dei quali alcuni siano vincolati da condizione sospensiva. In questo caso, dice il Pescatore, i coeredi, non vincolati da condizione sospensiva, lo sono in realtà da condizione risolutiva, perchè, al verificarsi della condizione, essi perdono ciò che gli altri acquistano.

Mi pare questo anzitutto un sofisma. Imperocchè nel supposto caso l'intendimento del testatore è di avere uno o più eredi sotto condizione sospensiva, ed altro o altri eredi semplicemente, e non in parte soltanto tali, e in altra parte condizionati risolutivamente. Se i coeredi senza condizione possono percepire anche la parte degli eredi condizionati, ove manchi la condizione a questi imposta, e sia in pari tempo possibile l'accrescimento, codesto accrescimento è appunto un nuovo acquisto, e non già conferma di un acquisto anteriore, condizionato risolutivamente ad un fatto che non si è verificato. Se no, bisognerebbe dire che, ogni qualvolta un testatore istituisce più eredi congiuntamente, ognuno di questi è istituito condizionatamente in tutta la eredità, il che è assurdo. E poi quell'argomento è in contraddizione manifesta colla legge, la quale ai coeredi non condizionati, fra cui e gli eredi condizionati è possibile l'accrescimento, non accorda che la semplice amministrazione della parte di eredità deferita ai secondi (art. 858).

Si può dunque ritenere con buon fondamento che il legislatore italiano non abbia menzionato affatto la instituzione di erede condizionata risolutivamente, perchè non la volle, cioè

Digitized by Google

perchè non ritenne siffatta istituzione possibile, all'infuori dei casi di condizione consistente in un *non dare* o in un *non fare.*

E per me la condizione risolutiva è in generale inammissibile nel testamento, prescindendo affatto dalla origine, meramente storica e formalistica del canone romano, *semel heres semper heres,* per un motivo prettamente giuridico, sicchè essa assume l'aspetto di una vera giuridica impossibilità. E questo motivo è quello già accennato poco sopra, cioè la impossibilità del vero e proprio e puro effetto retroattivo della condizione risolutiva verificàtasi.

Poichè infatti l'onorato non dovrebbe nulla percepire, assolutamente nulla, dall'eredità, al verificarsi della condizione risolutiva, poichè le cose ereditarie dovrebbero venire riconsegnate a chi sarebbero devolute in quel caso, come se nessun altro le avesse mai in virtù del testamento possedute, chiaro si è che codesto risultato non è possibile ottenerlo pienamente e rigorosamente, come pur sarebbe necessario, dopo che l'istituito abbia posseduto e amministrato il patrimonio ereditario. Non è possibile, in tesi generale (v. sopra), tanto per riguardo ai rapporti dell'onorato colle cose ereditarie, quanto per riguardo ai rapporti di lui co' terzi. Se in particolare il lascito contenesse cose che con l'uso si deteriorassero, queste non si potrebbero dare neppure in possesso all'onorato, perchè in caso di restituzione si troverebbero deteriorate.

Rispetto ai terzi in particolare, lo avere per non avvenuto tutto ciò che l'erede condizionato avesse con loro posto in essere in buona fede, al di là degli atti dell'ordinaria amministrazione, o di ciò che rientrasse nei limiti di una *negotiorum gestio*, derogando con ciò al canone generale dell'articolo 933, sarebbe causa di turbamento e danni gravissimi. Che se l'erede dovesse ritenersi obbligato a risarcire l'eredità di ogni danno, in caso di risoluzione del diritto suo, sarebbe motivo questo di rendere vana la disposizione condizionale, perchè lo stesso onorato non l'accetterebbe.

Digitized by Google

Come il lettore avrà già avvertito da sè, l'anzidetta mia osservazione mi porta a non ammettere la condizione risolutiva che non consista in *non fare* o *non dare,* non solo nelle disposizioni testamentarie a titolo universale, ma anche in quelle a titolo particolare, o nei legati. Sorprenderà codesta mia opinione, contraria alla comune, ma io non posso recederne, perchè mi forza la premessa dell' impossibilità giuridico-pratica di dare il pieno suo effetto all' adempimento della condizione risolutiva, cioè alla retrotrazione della risoluzione. Per me lo avere la legge in modo espresso-implicito permesso il termine nei legati (art. 851), non è un implicito permesso che vi si possa apporre anche una condizione risolutiva, perchè le due modalità del legato sono d' indole affatto differenti, la seconda ripugnante a ragione, la prima no, onde la seconda avrebbe dovuto essere espressamente permessa, perchè lecita fosse, e la prima sarebbe stata ritenuta lecita, anche se il legislatore non l' avesse ammessa esplicitamente. Anche nelle disposizioni testamentarie a titolo non universale l' apposizione di un termine avrebbe potuto reputarsi ammissibile nel diritto nostro, se il legislatore non lo avesse espressamente dichiarato inefficace, benchè, come notai sopra, divietata espressamente l'apposizione del termine ad una tale disposizione, ne viene un nuovo argomento anche pel divieto della condizione risolutiva; ma questa, benchè non divietata, non può ritenersi possibile nè nella istituzione di erede, nè nel legato, perchè neppure avrebbe il legislatore potuto permetterla, essendo essa una giuridica impossibilità.

Non mi si obbietti che il diritto romano ammetta legati sotto condizione risolutiva. Lo dicono molti, ma io credo più fondata la contraria opinione, che è anche la prevalente. Che infatti fino a Giustiniano non fosse possibile condizione risolutiva nei legati, riconosce la maggior parte dei romanisti, i quali poi a provare che Giustiniano accolse la massima opposta, ad-

Digitized by Google

ducono la L. 26, Cod. *de legatis* (1). Ma in questa legge si ammette la validità dei legati e fedecommessi *ad tempus*, i quali sono sempre stati ammessi anche dopo, e lo sono anche nel vigente codice civile italiano (art. 851); ma *un lascito ad tempus* non è la stessa cosa che un lascito sotto condizione risolutiva. Nel primo è manifesta la intenzione che il legatario goda per lo meno dei frutti fino al termine del suo legato; nel secondo invece è manifesta la cosa contraria, come ho detto più sopra.

Ed anzi il diritto romano suffraga validamente la tesi propugnata da me, perchè appunto i giureconsulti romani avvertirono la sostanziale affinità della condizione risolutiva colla sospensiva, la quale affinità significa appunto che la condizione risolutiva, per sè medesima e rigorosamente interpretata, esclude ogni e qualsiasi effetto del negozio cui venne apposta, fintantochè non siasi verificata. Ricordisi qui, fra gli altri passi, la L. 2 pr., Dig. *de in diem adit.: quoties fundus in diem addicitur, utrem pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestio est* (poichè è noto che per i Romani sola condizione era la sospensiva, e quella che noi diciamo condizione risolutiva essi esprimevano piuttosto col dire che il negozio *sub conditione resolvitur*). Vero è che il giureconsulto Ulpiano soggiunge (ivi) che la vendita sarà condizionale, cioè condizionata sospensivamente, oppure vendita che *sub conditione resolvitur*, secondochè l'intenzione sia stata che *perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur,* oppure *hoc actum est ut, meliore allata conditione. discedatur.* Ma quale sia il proprio e vero effetto della con-

---

(1) Venezian (l. c., p. 332, i. n.) adduce a provare la possibilità di un legato condizionato risolutivamente prima di Giustiniano, la l. 3, § 2, *D. de adim. leg.*, e la l. 8, § 2, D. *de leg. I.* Ma la prima legge concerne una condizione risolutiva potestativa-negativa, e la seconda un legato a termine.

Digitized by Google

dizione risolutiva nei negozi *inter vivos*, rimane a vedere e dirò fra poco.

La mia opinione della inefficacia assoluta della condizione risolutiva nei lasciti testamentarî in generale, non si può combattere dicendo che collo stesso argomento da me adoperato sopra la stessa opinione può sostenersi anche rispetto ai negozî *inter vivos*. Imperocchè, mentre nei testamenti la condizione risolutiva deve necessariamente essere interpretata nel modo più rigoroso ed assoluto, in un negozio *inter vivos* invece è altrettanto certo ed evidente che la esecuzione di questo non può essere differita quando e benchè vi sia apposta una condizione risolutiva (art. 1158, 1164 cod. civ.). Epperò, a meno di relativa espressa pattuizione, l'obbligato sotto quella condizione non può essere astretto a dare cauzione pendente la condizione. Che se, al verificarsi della condizione risolutiva di un negozio *inter vivos*, non è maggiormente possibile l'avere plenamente e rigorosamente *infectum* il *factum*, di quello che al verificarsi della condizione risolutiva in un lascito testamentario, ciò non osta alla ammissibilità di quella condizione nei negozî della prima specie, in virtù appunto e soltanto dell'indole propria di questi, cioè per essere i medesimi *inter vivos* e non *mortis causa*. In realtà la piena e rigorosa risoluzione *ex tunc* non è mai possibile neppure rispetto ai negozî giuridici *inter vivos;* spesse volte la legge medesima ne limita gli effetti. Vedansi p. es: art. 1072 cod. civ. circa la riversione delle donazioni; art. 1080 circa la risoluzione della donazione per verificata condizione risolutiva espressa o tacita; art. 1088 circa la rivocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario e per sopravvenienza di figli al donante; art. 1528 circa il riscatto convenzionale; art. 1308 circa la rescissione per lesione; art. 1511 circa la risoluzione della vendita per verificata condizione risolutiva espressa o tacita; art. 1787 circa la risoluzione del contratto di rendita. E queste limitazioni che la legge appone al vero e pieno effetto risolutivo nei negozî

Digitized by Google

inter vivos sono imposte in parte dalla pratica impossibilità, o dai gravi inconvenienti pratici di fare diversamente, in parte, come notai dianzi avere avvertito lo stesso Ulpiano, dalla mira e dall' interesse dei contraenti di dare subito effetto al loro negozio. Ma limitazioni siffatte, e in generale una esecuzione soltanto approssimativa della risoluzione piena e assoluta, non sono ammissibili in un lascito testamentario, sia eredità o sia legato, senza contravvenire alla certa volontà del disponente, che al verificarsi della condizione risolutiva la cosa passi al secondo chiamato, nulla percependone il primo, che nessuna traccia di questo rimanga nella cosa. A me fa meraviglia che tanti giureconsulti, nello applicare alle disposizioni testamentarie la stessa dottrina delle condizioni risolutive nelle obbligazioni, non si accorgano della difficoltà che a tale argomentazione analogica oppone la differente indole dei negozî.

Per me, come per altri giureconsulti, il più retto modo di intendere ed applicare la condizione risolutiva apposta ad un testamento, consiste nel ravvisarvi una condizione sospensiva; la condizione cioè: se non si verificherà il fatto, casuale, contemplato dal testatore. Se il testatore, per esempio, nomina erede o legatario taluno alla condizione che, non raggiungendo egli una certa età, il lascito passerà ad un altro, onora in realtà quella persona se o quando raggiungerà quella età. E nel frattempo il lascito sarà amministrato conformemente al disposto dell'art. 857 cod. civ.

Ma allora soltanto si avrà per sospensiva la condizione enunciata risolutivamente, se per l' indole della condizione apparisca possibile che l'onorato sia in tempo di percepire il lascito allorquando la condizione si verifichi. Imperocchè se, per esempio, taluno istituisse erede un altro colla condizione risolutiva che muoia *con figli* o *senza figli*, la quale condizione protrarrebbe l'acquisto del lascito fino a morte avvenuta dell'onorato, e quindi lo renderebbe impossibile, tale condizione a mio avviso non varrebbe, e dovrebbe aversi per non scritta, ap-

Digitized by Google

punto perchè condizione impossibile, e l'onorato dovrebbesi considerare istituito puro. Che se il testatore avesse in pari tempo chiamato un secondo onorato, al verificarsi della condizione risolutiva convertita in sospensiva, e questa condizione non potesse verificarsi durante la vita del primo chiamato, in tal caso essa affetterebbe piuttosto la successione del secondo chiamato che quella del primo, e rispetto a quel secondo varrebbe.

Bensì nei legati in particolare bisogna distinguere la condizione risolutiva dal termine incerto, cioè dal *dies incertus* apposto come termine alla durata del lascito. Il *dies incertus* si sa che equivale a condizione ne' testamenti, allorchè il lascito non è dovuto che da quel giorno; ma quando invece il lascito deve cessare di avere effetto da quel giorno, esso è lascito a termine, e propriamente a termine incerto, e non già lascito condizionato risolutivamente. Vale qui l'analogia del § 3 Inst. *de verb. obl.: stipuleris: decem aureos nummos quoad vivam dare spondes, pure facta obligatio intelligetur:*. V. anche L. § 6 Dig. *de verb. obl.* — E consuona con quanto dice l'art. 850 del codice civile circa il legato di usufrutto, di uso, o di una prestazione periodica per tempo del celibato o della vedovanza. Venuto il termine, cessa il diritto del legatario, ma questi non può essere obbligato a restituire le prestazioni percepite come se si trattasse di una condizione risolutiva. Onde io non posso convenire colla surriferita sentenza della Cassazione di Palermo, in quanto essa reputa condizione risolutiva la disposizione di un testatore che la vedova sua percipa l'usufrutto lasciatole « fino a quando essa rimanga nello stato di vedovanza ».

In realtà i legati, che si dicono condizionati risolutivamente, sogliono in pratica essere semplici legati *a termine* incerto, e le istituzioni di erede a condizione risolutiva sogliono essere espedienti onde celare una sostituzione fedecommissaria. Il testatore cioè non intende già che, al verificarsi della condizione, diventi erede un'altra persona con pieno e rigo-

Digitized by Google

roso effetto retroattivo, ma piuttosto e soltanto che in tale circostanza la eredità passi dal primo chiamato ad un secondo. Lo stesso caso, classico secondo il Borsari (l. c.), di istituzione di erede a condizione risolutiva, « sia mio erede Tizio, ma se ricompare Caio, assente, sia erede Caio », non può intendersi, ove il testatore non aggiunga altro, se non come semplice passaggio della eredità da Tizio a Caio. Se, del resto, una sostituzione fedecommissaria sia invalida per riguardo al sostituito, tanto ove la condizione si avveri alla morte dell' istituito, quanto ove si avveri in un momento della vita di questo, si sa essere quistione nella giurisprudenza nostra; quistione, perchè da una parte vi ha l'art. 899, cod. civ., il quale non fa nessun cenno di quella distinzione, e dall'altra lo spirito della legge abolitiva dei fedecommessi, e lo stesso concetto tradizionale del fedecommesso sembrano favorire piuttosto l'ipotesi di almeno due persone che per tutta la loro vita ritengano immobilizzato un patrimonio ereditario nelle loro mani (1).

Ma, checchè si pensi intorno a questa quistione, e qualunque sia l'intendimento pratico di chi istituisce un erede o nomina un legatario sotto condizione risolutiva, e un altro erede o legatario sostituisca al primo ove quella condizione si verifichi, questa condizione vuol sempre essere apprezzata per sè stessa, nel suo giuridico valore. E questo valore per me consiste in ciò, che la si deve considerare condizione sospensiva per il primo chiamato, se prima della morte di questo si può escludere la possibilità della sua verificazione; nell'ipotesi contraria la si deve invece considerare sospensiva per il secondo chiamato, mentre nella stessa ipotesi la condizione si dovrebbe invece avere per non scritta, e il primo

(1) Per il codice civile austriaco la restituzione dal fiduciario al fedecommissario può tanto avvenire alla morte di quello, quanto durante la sua vita (§ 608).

Digitized by Google

chiamato per istituito puro, se un secondo chiamato non ci fosse. In nessun caso la intenzione del testatore di mascherare una sostituzione fedecommissaria sotto una condizione risolutiva potrebbe riescire. E ciò per la sola ed unica ragione detta sopra, che la condizione risolutiva, impossibile a farsi valere con tutta la pienezza e con tutto il rigore dei suoi effetti, è perciò inammissibile nei testamenti, quantunque non lo sia nei contratti. E come condizione impossibile, essa, così come è scritta, non può essere presa in considerazione.

Per me vi ha un solo caso possibile di valida ed efficace condizione risolutiva in una disposizione testamentaria, ed è quello di una tal condizione apposta ad un testamento fatto in Italia vigendo una legge anteriore al codice civile italiano, che *esplicitamente* l'ammetteva, cioè fatta vigendo il codice civile austriaco. Sta bene che questo codice non intenda quella condizione nel modo più proprio ed esatto, e che vi introduca elementi proprii della sostituzione fedecommissaria, ma egli è un fatto che non ostante esso intende distinguere l'una dall'altra. Per lo meno una disposizione testamentaria fatta in Italia con condizione risolutiva, vigendo il codice civile austriaco, conserverà vigore anche dopo l'attuazione del codice civile italiano, in quanto si reputi requisito essenziale del fedecommesso nel diritto italiano il passaggio del lascito dal primo istituito al secondo alla morte di quello, e non in un momento qualunque della sua vita.

Digitized by Google

Efficacia della data posta al principio delle disposizioni testamentarie.

Che la data scritta al principio di un testamento olografo valga per tutte le disposizioni formanti un unico contesto, quantunque, oltre all'ultima sottoscrizione, ve ne siano anche di intermedie, sia alla fine di ciascun foglio, se il testamento è contenuto in parecchi fogli, sia alla fine di singole successive disposizioni in un unico foglio, è stato negato da alcune decisioni francesi e italiane, ma è stato invece affermato da un molto maggior numero di altre.

Fra le prime voglionsi ricordare: Corte di Lione, 11 dicembre 1880 (*Journ. du Pal.*, 1862, 387); Corte di Aix, 24 dicembre 1864 (Dalloz, *Rec.*, 1865, 1, 185); e Cassazione di Torino, 14 luglio 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 1200). Dichiara quest'ultima in termini generali che: « la intenzione del testatore non può essere sufficiente per fare che costituiscano un atto unico due disposizioni testamentarie, le quali, se distinte sono per natura, tali rimangono irrimediabilmente, non ostante qualunque contraria volontà del disponente, e, come distinte, richiedono l'adempimento separato e completo, per ciascuna, di tutte le forme essenziali volute dalla legge sugli atti testamentarî; . . . . . che, quando ad un testamento olografo già compiuto coll'adempimento di tutte le forme volute dalla legge, datato e sottoscritto, il testatore aggiunga, in tempo diverso, quantunque sulla medesima carta, una disposizione contenente legati, è questa una disposizione nuova, alla quale è, a sua volta, applicabile separatamente la regola dell'art. 775, cod. civ. ».

Digitized by Google

Fra le seconde è a ricordarsi una sentenza della Corte d'appello di Nancy, 11 giugno 1807 (DALLOZ. *Rép.*, voce *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 2678), in causa Majainville, in sede di rinvio. La Corte dichiarò estendersi la data iniziale di un testamento olografo anche alle disposizioni sottoscritte soltanto, posteriori ad una prima sottoscrizione, e tutte insieme le disposizioni, racchiuse fra la data iniziale e l'ultima sottoscrizione, formare un unico testamento olografo. Ciò perchè la Corte ritenne in fatto che tale fosse la manifesta intenzione del testatore. E la Cassazione di Parigi, con sentenza 7 marzo 1808 *(ib.)*, respinse il ricorso contro la detta sentenza, dipartendosi anch'essa dal rilievo di fatto della Corte d'appello. Notisi che nella stessa causa una precedente sentenza della Corte di Metz aveva deciso come decise poi anche la Corte di Nancy, ma non aveva motivato la decisione in fatto nello stesso modo di questa, e che la Cassazione di Parigi aveva con sentenza 12 marzo 1806 *(ib.)* cassato la sentenza di Metz, rinviando la causa alla Corte di Nancy. E in quella precedente sentenza la Cassazione di Parigi aveva ragionato in modo sostanzialmente identico a quello della ricordata sentenza della Cassazione di Torino. Imperocchè aveva detto: « non si può supplire all'omissione di una formalità testamentaria voluta dalla legge sotto pena di nullità, per mezzo di considerazioni desunte dall'intenzione più o meno apparente del testatore ». La Corte d'appello di Bordeaux dichiarò pure in una sentenza 23 gennaio 1871 (DALLOZ, *Rec.*, 1871, 2, 199), valida e facente un solo e medesimo testamento colla disposizione precedente, una disposizione nuova, sottoscritta soltanto, e revocante in pari tempo la disposizione precedente, che portava data e sottoscrizione. In fatto la Corte aveva ritenuto che la clausola revocatoria si legava al testamento, e aveva per iscopo di chiarirlo e di spiegarlo. — Anche nella giurisprudenza italiana trovansi giudicati analoghi ai francesi dianzi riferiti. Tali p. es., uno della Corte d'appello

Digitized by Google

di Brescia, non mai pubblicato, nella stessa causa in cui venne pronunziata la surriferita sentenza della Cassazione di Torino 14 luglio 1881, e un altro della Corte d'appello di Milano 28 dicembre 1875 *(Monit. trib.*, Milano, 1875, p. 245). La Corte di Brescia, la cui sentenza venne cassata, aveva dichiarato l'opposto della Corte di cassazione, perchè aveva ritenuto « provata la intenzione del testatore di fare un'unica complessiva disposizione ». La Corte di Milano si pronunciò nel 1875 in modo identico all'ultima sua sentenza ricordata sopra; dichiarò cioè valido un testamento olografo, di diverse successive disposizioni composto, in diversi tempi scritto, racchiuse fra un'unica data iniziale e la sottoscrizione finale, e premise questa dichiarazione: « che nel modo più luminoso era dimostrata l'intenzione del testatore di fare un unico e valido testamento ». Posteriormente anche la Corte d'appello di Venezia dichiarò con sentenza 24 maggio 1889 *(Foro it.*, 1889, I, 50) valere la data, posta al principio del testamento per tutte le successive disposizioni, benchè contenute in parecchi fogli staccati, recanti ognuno la firma del testatore, ma formanti un unico contesto.

Confrontando le differenti decisioni dianzi riferite, si scorge di leggieri che la discordia fra esse è realmente minore di quella che pare a prima giunta.

Le decisioni infatti della Corte di Lione e di Aix differenziano da quelle di Nancy e di Bordeaux in questo, che le prime non hanno avuto luogo di constatare nella fattispecie relativa la chiara intenzione del testatore di fare un unico testamento, mentre le seconde questa circostanza appunto constatano e da questa si dipartono. Similmente la sentenza della Cassazione di Parigi 7 marzo 1808, nella causa Majainville, differenzia, come già notai, dalla precedente sentenza 12 marzo 1806 della stessa Cassazione nella medesima causa, per ciò che la prima ritenne colla Corte d'appello manifesta in fatto l'intenzione del testatore di fare un unico testamento,

Digitized by Google

mentre non lo ritenne invece, e non ebbe luogo di ritenerlo la seconda. Anche le sentenze delle Corti d'appello di Brescia, di Milano e di Venezia, fondaronsi su quella medesima premessa di fatto. Non vi ha dunque vera discordia fra tutte queste sentenze, poichè le opposte decisioni si dipartono da un'opposta premessa di fatto.

E dal confronto di queste sentenze può bene inferirsi che talune affermano (e sono: Nancy, Bordeaux, Brescia, Milano, Cassazione di Parigi 7 marzo 1808) essere unico e valido testamento, in un colle disposizioni sottoscritte racchiuse fra la data iniziale e la prima sottoscrizione, anche le disposizioni sottoscritte soltanto, posteriori alla prima sottoscrizione, ove apparisca un tal nesso fra tutte le disposizioni, che non sia dubbia l'intenzione del testatore di fare un testamento unico; altre non negano affatto cotesta tesi (e sono: Lione, Aix, Cassazione di Parigi, 12 marzo 1806), ma soltanto decidono in senso opposto alle precedenti, non avendo ritenuta la stessa premessa di fatto di queste. Tutte insieme quindi in sostanza convengono nella dottrina generale: *potersi dichiarare unico e valido quel testamento olografo che di molte successive disposizioni si compone, le une racchiuse fra la data iniziale e una prima sottoscrizione, le altre posteriori alle prime, sottoscritte ma non datate, ove apparisca manifesta dal testamento la intenzione del testatore di fare un unico atto di ultima volontà.*

Unica pronunzia nella odierna giurisprudenza, espressamente e categoricamente contraria alla validità dei testamenti olografi del genere in discorso, non ostante la manifesta intenzione del testatore di fare un unico testamento, è la ricordata sentenza della Cassazione di Torino 14 luglio 1881. In questa è nel più esplicito modo escluso cioè, che l'intenzione del testatore di fare un unico testamento, per quanto chiara e provata, possa avere la virtù di comunicare la data a disposizioni testamentarie, sottoscritte soltanto, posteriori alla

Digitized by Google

prima sottoscrizione. Ma il responso della Cassazione di Torino ha contro di sè parecchi altri giudicati italiani e francesi, e fra questi quello non meno esplicito della Cassazione di Parigi 7 marzo 1808, e quindi non può impedire che si reputi oramai prevalente nella giurisprudenza testamentaria l'anzidetta dottrina.

E questa dottrina pare giusta anche a me.

Quale è infatti il sostanziale argomento con cui si pretende di combatterla codesta dottrina? Si dice dagli avversarii: pel disposto dell'art. 775 del Codice civile il testamento olografo è quello intieramente scritto dal testatore, e da lui datato e sottoscritto: se ora in un foglio, scritto di tutto pugno dal testatore, e datato al principio, si trova una disposizione o un complesso di disposizioni, e subito dopo s'incontra la sottoscrizione, in questo punto il testamento finisce, e, se in seguito a quella sottoscrizione, si trovano altre disposizioni olografe sottoscritte, queste sono nuovi testamenti, che devono quindi essere anche datati; se datate non sono, non valgono, e non possono partecipare alla data della disposizione precedente. Ed è questa una applicazione della pretesa dottrina della cosidetta *incomunicabilità* delle formalità testamentarie alle clausole aggiunte al testamento olografo, clausole dette *aggiuntive* dai giureconsulti italiani, *addizionali* (*additionnelles*) dai giureconsulti francesi. Dice per es. in un luogo della pregevolissima sua opera il Vitali: « tutte le disposizioni modificative o aggiuntive sono soggette al principio della *incomunicabilità*, vale a dire, che le formalità proprie di un testamento anteriore non possono comunicarsi al posteriore. Infatti, se vi può essere *unicità di volontà con pluralità di atti*, non vi può essere *unicità di atto con pluralità di volontà* » (*Del test olog.*, pag. 181). Questa stessa dottrina, con termini egualmente assoluti, proclamò la Cassazione di Torino nella surricordata sentenza 14 luglio 1881.

Ma alla detta argomentazione non è difficile rispondere.

Digitized by Google

Se per avventura dopo lo sottoscrizione si incontrasse una dichiarazione firmata del testatore in questi precisi termini: « non intendo di aver finito il mio testamento colla sottoscrizione precedente, ma bensì intendo di continuarlo colle disposizioni seguenti », quale sarebbe il valore di codesta dichiarazione? Avrebbe essa valore o no? Certamente essa avrebbe valore. Imperocchè, se alla sottoscrizione precedente il testatore avrebbe potuto togliere ogni valore, attraversandola con una cancellatura, perchè non glielo deve poter togliere con una dichiarazione sottoscritta essa pure? La dichiarazione farebbe una sola cosa colla sottoscrizione precedente, e da questo insieme risulterebbe che il testamento prosegue fino alla sottoscrizione finale. La sottoscrizione del resto è essa medesima una *implicita* e *presunta* dichiarazione: la dichiarazione cioè che, apponendo il proprio nome e cognome, il testatore intende approvare e finire il suo testamento. Ora, perchè la presunzione deve prevalere alla verità, alla verità cioè, debitamente comprovata dal testamento medesimo, che il contesto di questo procede uno, non ostante la sottoscrizione incidente?

Chi ragiona contrariamente viene a rappresentare la sottoscrizione del testatore come una formula sacramentale, come una specie di sacro rito, che, una volta e in qualunque modo compiuto, non si può più rivocare, e produce fatalmente il suo effetto in modo irreparabile. Per lui il testamento datato al principio, si compie colla prima sottoscrizione, voglia o non voglia il testatore, come una molla, una volta scattata, mette in moto la macchina, lo sappia o non lo sappia chi ha toccato la molla, e magari ferendolo e uccidendolo. Or non è questo certamente il retto modo di intendere e di applicare la legge sulle formalità testamentarie, e particolarmente sulla formalità della sottoscrizione. Interpretazione siffatta è piuttosto, come dissi, un sovvertire e snaturare affatto il pensiero del legislatore, è un far servire le formalità del testamento a violen-

Digitized by Google

tare il testatore, non già a farne conoscere e ad assicurarne il verace intendimento,

No: la sottoscrizione non vale a completare il testamento, se non perchè ed in quanto il legislatore intende, e il testatore lascia intendere, che, come è l'uso, così abbia il testatore veramente voluto dare a divedere con quell'atto il suo proposito di confermare non solo, ma di chiudere eziandio il proprio testamento. Non può il legislatore avere inteso di impedire al testatore di sottoscrivere con altra intenzione, purchè questa intenzione chiaramente manifesti, nello stesso modo come non gli impedisce di cancellare una sottoscrizione già fatta.

Ed in qual modo può quella intenzione venir chiaramente manifestata?

In tutti i modi nei quali si può con sicurezza dimostrare l'unità del contesto del testamento non ostante le sottoscrizioni incidenti. Possono essere dichiarazioni esplicite, o anche *segni equipollenti* ad una tale dichiarazione, od anche può essere lo stesso andamento delle disposizioni contenute nel testamento. Se le diverse parti di questo, i diversi fogli singolarmente sottoscritti, sono collegati fra di loro colla parola *segue*, od altra consimile, od anche soltanto con un segno equivalente a quella parola, come appunto accadde nel testamento contemplato dalla citata sentenza di Venezia; — o se, come in questo medesimo testamento ebbe la detta Corte a rilevare, le disposizioni che precedono le firme incidenti mettono capo, per l'indole loro, a quella ultima sottoscritta, egli è chiaro che questa ultima sottoscrizione, e non quelle precedenti, chiude il testamento giusta l'intenzione del testatore, e giusta lo stesso intendimento dell'art. 775 cod. civ.

La dottrina, del resto, della pretesa *incomunicabilità* delle formalità testamentarie da una ad altra parte del testamento, parmi un concetto assolutamente vano, perchè o si ri-

Digitized by Google

solve in un *bis in idem*, o si riduce ad una petizione di principio. O *in fatto* è già provato e certo che ciascuna delle parti del testamento sta da sè, e allora il dire che le formalità di una parte non si possono comunicare alle altre è semplicemente un affermare quel fatto. Ma in tal caso è anche improprio il discorso di un testamento che ha parti diverse; si avrà un foglio unico, contenente diverse disposizioni testamentarie, ma testamento non può dirsi che quella parte del foglio, e quella disposizione, a cui non mancano le formalità volute dalla legge. Oppure non è provato *in fatto* che ogni parte del testamento stia da sè, che le singole disposizioni, contenute nel medesimo foglio, debbano a parte considerarsi, ed è anzi provato il contrario, cioè manifesta e non ambigua è la volontà del testatore di fare un unico atto testamentario, e allora l'addurre la pretesa *incomunicabilità*, contro la volontà del testatore e contro la validità formale del testamento, che si ritrovi avere data e sottoscrizione finale, oppure data iniziale e sottoscrizione finale, è risolvere la questione riproponendola con altre parole.

Da questo dilemma non si esce, e la immediata conclusione del medesimo è questa, e non può essere che questa: la comunicabilità in questione non è altro che la possibilità o no che la manifesta e non ambigua volontà del testatore valga a unire le successive disposizioni testamentarie in un solo testamento, convalidate o dalla data e dalla sottoscrizione finale, o dalla data iniziale o dalla sottoscrizione finale, non ponendo mente alle deficienti o alle superflue formalità di talune di quelle disposizioni, isolatamente prese. Non sono cioè le formalità testamentarie, per sè medesime e astrattamente considerate, *comunicabili* o no da parte a parte del testamento; codesto discorso non ha neppure senso. È la volontà del testatore, che applica o non applica, *comunica* o no, se così vuol dirsi, a tutte le successive disposizioni testamentarie, che egli considera come un tutto, e che sono, e non ostante che siano,

Digitized by Google

singolarmente munite di formalità insufficienti, quelle formalità che nel complessivo scritto si trovano, e che indubbiamente lo convaliderebbero tutto, se tutte le singole disposizioni fossero unite in un solo contesto.

Or, così posta la questione, è subito risoluta.

In ogni testamento olografo, steso tutto di seguito, per quante disposizioni parziali esso contenga, si ha sempre e vale sempre la volontà del testatore di estendere a tutte quante le disposizioni o la data e la sottoscrizione finale, o la data iniziale e la sottoscrizione finale. E adoperando il liguaggio della *comunicazione* delle formalità, si può dire che in ogni testamento olografo, tutto di seguito dettato, vi ha sempre quella comunicazione da parte a parte del testamento; cioè o della data e della sottoscrizione poste alla fine, o della data posta al principio e della sottoscrizione posta alla fine, a tutte quante le disposizioni singole. E ciò accade non per altra ragione, se non per effetto della certa unicità dell'atto testamentario, cioè della manifesta e indubbia volontà del testatore che tutte le disposizioni, tutto il contenuto del testamento, costituiscano un atto solo. Ma se nel testamento scritto tutto di seguito, la unicità dell'atto, la volontà del testatore che tutte le disposizioni si considerino un atto solo, non sono dubbie, perchè lo stesso giudizio non dovrà mai potere essere portato cogli occhi della ragione, se non con quelli del corpo, rispetto a testamenti composti di parecchie disposizioni successive e distaccate, munite ciascuna di formalità insufficienti? E perchè la validità formale dell'atto non sarà mai possibile nei casi del secondo genere, come si verifica sempre nei casi del primo? Perchè la estensione, o *comunicazione* che dir si voglia, delle formalità testamentarie da un dato punto o parte del testamento, a tutto il contenuto di questo, non la si potrà ammettere quando le disposizioni testamentarie siano disgiunte bensì da insufficienti e superflue formalità apposte a talune di esse, ma sia nondimeno manifesta la volontà del testatore di riu-

Digitized by Google

nirle tutte in un solo e unico atto di ultima volontà, al quale, nella totalità sua considerato, non manchino le formalità volute dalla legge?

Il perchè non si scorge davvero.

Chi risponde negativamente a quelle domande, viene in sostanza ad escludere *a priori* che si possa mai dare manifesta e chiara intenzione del testatore di considerare e voler considerate come unico atto parecchie successive e distaccate disposizioni testamentarie, non ostante che alcune di queste egli abbia munito di formalità imperfette, a cui egli ha inteso che suppliscano quelle apposte al principio e alla fine dell'atto, considerato appunto come un tutto. La pretesa dottrina della *incomunicabilità* delle formalità testamentarie da parte a parte del testamento, in termini assoluti formulata, si risolve precisamente *in un giudizio di fatto a priori* del tenore anzidetto; ora un giudizio, una esclusione siffatta, è manifestamente inammissibile non meno in giurisprudenza, che in qualunque altra disciplina.

Digitized by Google

Verità della data di un testamento olografo, confrontato con un codicillo

Una sentenza della Corte di appello di Lucca 26 aprile 1895 (*Foro It.* 1895, I, 897) dichiara che non è a ritenersi falsa la data di un testamento olografo, perchè un codicillo, che si richiama a disposizioni contenute nel testamento, abbia una data anteriore. E questa decisione mi pare inoppugnabile, tanto dal punto di vista del fatto, quanto da quello del diritto.

Nel fatto, cioè nello speciale caso sottoposto alla Corte, non si poteva anzitutto con sicurezza affermare che il codicillo 5 settembre 1878 si riferisse propriamente al testamento 22 settembre 1878, come vi si riferiva p. es. l'altro codicillo 6 luglio 1883, nel quale quel testamento era richiamato colla sua precisa data. Nessuno e nulla può escludere ed impedire di supporre che il testatore avesse fatto un altro testamento anteriore non solo al 22, ma anche al 5 settembre 1878, e identico a quello datato 22 settembre 1878, e che quindi il codicillo del 5 settembre 1878 si riferisse appunto a quell'anteriore testamento. Vero è che, supponendo questo, bisogna anche supporre che, rifacendo il testamento, il testatore abbia dimenticato di includervi la modificazione, che il codicillo del 5 settembre apportava al disposto di quello. Ma anche questa supposizione, non essendo troppo strana, è lecita, e quindi si deve fare, dovendosi mirare a tener validi i testamenti con ogni mezzo che non sia nè contro il diritto, nè contro la ragione. E se tali supposizioni si possono e devono fare, riesce gratuita l'asserzione che il codicillo del 5 settembre 1878 dimostri che la data 22 settembre 1878 sia falsa nel

Digitized by Google

foglio testamentario che la porta. Bisognerebbe per potere dir questo, essere sicuri che a quel foglio e non ad altro si riferisse il codicillo 5 settembre 1878.

E in tesi generale di fatto può dirsi che di impugnabilità della data di un testamento olografo col mezzo estrinseco di un documento anteriormente datato, il quale si asserisce collegato con quello, non è a discorrersi, se non quando sia provata l'identità del foglio contemplato in questo documento col testamento in quistione. Come se p. es. nel documento estrinseco descrivasi in tal guisa, cioè con tali particolari, il foglio del testamento, che lo si possa sicuramente rintracciare e contraddistinguere, e, rintracciato, vi si trovi una data posteriore a quella di detto documento. Se no, vi ha sempre luogo a supporre, che l' estrinseco documento, si riferisca ad un testamento anteriore a quello in quistione. Di argomenti poi di identità del foglio a cui si riferiva, nel caso deciso dalla Corte di Lucca, il codicillo 5 settembre 1878, col testamento del 22 successivo, non vi ha l' ombra, e non se ne è parlato neppure. Quel codicillo infatti si riferisce bensì *a quanto ho disposto nel mio testamento olografo*, ma non individua in nessun modo questo testamento, cioè il foglio in cui è contenuto.

Dal fatto passando ora al diritto, si domanda se, dato pure che la data di un testamento olografo sia contraddetta da un documento riferentesi indubbiamente al foglio in cui il testamento è contenuto, ne segua necessariamente la nullità del testamento per titolo di falsa data, cioè per non essere il testamento datato come quel documento, o anteriormente ad esso.

La Corte di Lucca risponde negativamente con due giustissimi riflessi. Potrebbe benissimo, essa osserva, avere il testatore sbagliato datando il codicillo con un giorno anteriore al testamento, mentre fu a questo posteriore. Ciò essendo possibile, lo si deve supporre, perchè delle due possibili supposi-

Digitized by Google

zioni, falsa data del codicillo, e falsa data del testamento, la prima è da preferirsi onde salvare il testamento.

Oltracciò, osserva la Corte, non si può neppure escludere che, quando il testatore fece e datò il codicillo, fosse realmente finito anche il testamento, ma non fosse ancora datato, e la data gli fosse stata apposta più tardi. Più facile, a dir vero, sarebbe la supposizione che, quando il codicillo fu fatto, il testamento non fosse ancora finito, e che il testatore lo avesse datato più tardi, quando lo ebbe finito. Ma anche la supposizione della Corte è, a mio credere, plausibile, non solo in linea di fatto, ma anche in linea di diritto.

Imperocchè la Corte viene in tal guisa ad ammettere implicitamente in tesi generale che al testamento olografo il testatore può apporre quella data che vuole, posteriore alla ultimazione delle sottoscrizioni. Ora ciò non solo io credo vero, ma altresì, più in generale ancora, che il testatore può apporre al testamento ofografo quella data che vuole, posteriore o anteriore alla ultimazione delle disposizioni, quando nel contenuto del testamento nulla vi sia che contraddica alla data apposta al medesimo. Di *antidata* cioè e di *postdata* del testamento olografo, credo anch'io colla generalità dei giureconsulti non potersi discorrere se non quando se ne abbia la prova nel testamento stesso; ove ciò non sia, io reputo essere lecito al testatore di apporre al testamento olografo quella data che gli piace.

La legge vuole bensì la data nel testamento olografo, e certamente la data è un elemento indispensabile del testamento, ma ciò solo perchè la legge lo vuole, non perchè la data abbia di per sè stessa una importanza, a dir così subbiettiva, per il testatore medesimo. Costui infatti suol nutrire da molto tempo prima che non scriva, i propositi consegnati nel suo testamento, e vi persiste dopo che ha fatto il testamento finchè non lo distrugga, e quindi il porre egli in essere questo atto in un giorno dato, non esclude che avrebbe potuto

Digitized by Google

fare altrettanto in un qualunque di molti altri giorni prima e dopo. Ed anzi per tal ragione il testatore non troverebbe in se stesso neppur motivo alcuno di datare il testamento, se la legge non lo prescrivesse, lo che in realtà non tutte le leggi prescrivono. Ma appunto perchè la necessità della data è tutta al di fuori del testatore, è tutta legale, egli è anche del tutto indifferente che il testamento olografo abbia la data del giorno in cui venne fatto, o una data anteriore o posteriore, purchè ne abbia una, che dallo stesso tenore dell' atto non venga smentita.

Perchè del resto vuole la legge che il testamento olografo sia datato? Molte cose furono dette su questo proposito. Per me io credo che il legislatore ravvisò in questa formalità, che suole infatti praticarsi in ogni genere di scritture come un segno di più della serietà del proposito del testatore. Non parmi infatti buona ragione quella addotta da molti, che la data sia richiesta onde accertare lo stato di capacità del testatore. Imperocchè è naturale che altri induca il testatore a far uso di una data anteriore alla incapacità, allorquando il testamento nulla contiene che l' incapacità riveli. Or se per il legislatore la data del testamento olografo non è che un segno della serietà dell'atto, la legge è osservata secondo il suo spirito, non appena il testatore vi apponga una data qualunque. Non è la *verità*, ma la *serietà* della apposizione della data, che in tesi generale richiedesi nel testamento olografo, e tal serietà si dimostra e si combatte cogli stessi argomenti, con cui si dimostra e si combatte quella di tutto il rimanente contenuto di quell'atto.

Non a torto quindi la Corte di Lucca, a spiegare la posteriorità della data di un testamento olografo a quella di un codicillo referentesi al foglio testamentario, suppone che il testatore abbia datato il testamento in un giorno posteriore alla sua ultimazione. Questa supposizione non è per nulla contraria alla legge, cioè alla istituzione della data dei testamenti olografi.

Digitized by Google

Ciò ebbe a riconoscere ultimamente anche la Corte di Trani 3 gennaio 1894 (*Foro it.*, Rep. 1894, voce *Testamento*, n. 48; e *Giurispr. it.*, 1894, II, 250). Ben è vero che nel caso deciso dalla Corte di Lucca, e negli altri consimili, il testatore, il quale data il testamento olografo con un giorno posteriore a quello di un codicillo che al foglio testamentario si riferisce, e non si ricorda di inserire nel testamento le aggiunte fattevi nel codicillo, apparisce smemoriato, od anche, se si vuole, balordo, ma ciò non toglie nulla al testamento; soltanto ha per effetto che il codicillo abbia o non abbia valore, secondo che si concilî o non si concilî con esso il testamento.

Di data falsa, cioè di antidata o di postdata, non è possibile, ripeto, discorrere, se non quando dallo stesso contenuto del testamento essa apparisca, oppure l'antidata in particolare anche dal millesimo del foglio di carta bollata, su cui il testamento sia stato scritto. E, di vero, se è lecito al testatore dare al testamento olografo quella data che vuole, anteriore o posteriore alla ultimazione delle disposizioni, non è ammissibile però che egli contraddica nel testamento alla realtà delle cose, rappresentando come accaduto nel giorno della data del testamento ciò che non lo era ancora (antidata), o come ancor futuro in quel giorno ciò che già era accaduto (postdata). Codesta contraddizione alla realtà delle cose mal si concilia con quella serietà che si esige in un atto come il testamento, e che, come ho detto, è la sola e vera cagione percui la data è voluta dalla legge. Chi seriamente dispone o contrae, suole anche datare il proprio relativo scritto, e, nel determinare la data da apporvi, suole evitar l'apparenza di scambiare il futuro col passato, il passato col futuro.

L'opinione della Corte di Trani, esposta pure nella citata decisione, che antidata e postdata, apparenti dallo stesso testamento, non nuocano alla validità di questo, non mi par giusta. Parmi che la Corte abbia troppo esteso l'applicazione del canone generale, che io pure ammetto, potere il testatore ap-

Digitized by Google

porre al testamento olografo la data che vuole, non facendo la Corte distinzione fra i casi in cui la data, o, meglio, l'anteriorità o la posteriorità del testamento a una certa epoca, apparisca, dal testamento stesso, oppure non apparisca, e non riflettendo che questa distinzione è imposta dallo stesso riguardo che il testatore deve a sè medesimo, alla correttezza e alla serietà della propria disposizione testamentaria.

Non è però l'opinione della Corte di Trani dominante nella giurisprudenza, rispetto all'antidata in particolare, apparente, s'intende, dallo stesso testamento o foglio testamentario. La nullità del testamento per questo titolo è ammessa dal maggior numero dei giureconsulti vegganſi: Duranton (vol. V, n. 35), Grenier (vol. I, n. 828), Dalloz *(Rép.* voce *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 2281), Troplong *(Con. et test.*, n. 1478), Demolombe (*Cours, Don.* n. 91), Laurent (vol. XIII, n. 192, 200), Franchetti *(Ann. di giur. it.*, 1866 67, P. III, n. 10), Pacifici-Mazzoni *(Success.*, III, n. 11-12), Buniva *(Success.*, cap. IV, 171), Ricci, (vol. III, n. 214), Vitali *(Test. olografo*, n. 1271); — Corte di cassazione di Torino 21 gennaio 1876 *(Foro it.*, 1876, I, 319) e 15 sett. 1880 (*id.*, 1881, I, 877); Cassazione di Palermo 20 marzo 1870 (*Legge,* 1870, I, 779).

Quanto alla postdata, invece, alcuni ritengono che non annulli il testamento, a meno che sia data posteriore alla morte del testatore, e non sia data erronea anzichè falsa, e non la si possa col testamento stesso rettificare; e così appunto opina anche la Corte di Trani. Io non ammetto siffatta distinzione. La si propugna infatti col dire (v. Vitali, l. c.) che nulla vieta al testatore di dare oggi al testamento la data di un giorno futuro. Ma a ciò si risponde facilmente che la data è prescritta dal legislatore come è intesa e adoperata nella vita ordinaria; ora l'uso generale degli uomini è di completare lo scritto colla data, sia che la pongano in cima, sia che al termine dell'atto, e precisamente di completar l'atto nel senso che *possa parer fatto* nel giorno della

Digitized by Google

data, la quale apparenza svanisce manifestamente, sia che nel giorno della data si dia per futuro ciò che è già accaduto (postdata), o sia che in tal giorno si dia per già accaduto ciò che ancora non lo è (antidata).

La data, non meramente erronea e correggibile col mezzo dello stesso testamento, la data falsa, sia antidata, sia postdata, annulla per me il testamento olografo, se dallo stesso documento testamentario apparisce. Ciò perchè, come ho detto, la data non è prescritta dalla legge che come mera formalità, segno e sintomo della serietà dell'atto, e la verità sua non si può richiedere se non nel senso che il testatore, libero di dare al testamento la data che vuole, non è libero però di mettere in aperta contraddizione la data che ha voluto dare al testamento col contenuto di questo; questa libertà non gli compete, soltanto perchè sarebbe intrinsecamente irragionevole.

Digitized by Google

La « fiducia » nel diritto civile italiano.

In materia di *fiducia* la giurisprudenza italiana versa finora in tanta vaghezza di concetti, quanta non si riscontra in nessun'altra parte del diritto.

Io non credo affatto che l'art. 829 cod. civ., escludendo la prova giudiziale della fiducia, consenta implicitamente quella fornita spontaneamente dal fiduciario, chiamato o non chiamato con questo nome dal testatore. E non lo credo per due ordini di motivi: l'uno desunto dalle parole stesse dell'art. 829: *non è ammessa alcuna prova ecc.*; l'altro desunto dall'esame delle ragioni, cioè del significato e scopo giuridico di tale divieto del legislatore.

D'onde si desumerebbe la prova della fiducia? Certamente: o da fatti e circostanze cui il preteso fiduciario è rimasto estraneo, p. es. da scritti o lettere del testatore (V. Cass. Firenze, 12 febbraio 1872, *Annali*, 1872, I, 84), non aventi natura di testamento, oppure da dichiarazioni giudiziali o stragiudiziali dell'erede asserito fiduciario. Nella prima ipotesi nessuno può dubitare che la prova della fiducia sia impossibile; ma nel secondo se ne può egli forse dubitare? Parrebbe di sì, almeno in qualche caso, al vedere che taluno pretenderebbe che anche dichiarazioni verbali del fiduciario si potessero provare, adducendo testimonianze, e altri molti, e la stessa Corte d' appello di Firenze, in un giudicato 26 gennaio 1893 *(Foro Ital. 1893 I, 796)*, opinano che si possa addurre in giudizio una dichiarazione scritta. Ma, se ben si riflette, entrambe le opinioni sono inammissibili. Quanto alla prova testimoniale di una dichiarazione verbale di fiducia, dice benissimo la Corte d'appello fiorentina, nella citata sua decisione,

Digitized by Google

che il provare la dichiarazione è un provare la fiducia, e quindi è un contraddire al divieto dell'art. 829. Imperocchè le testimonianze verrebbero invocate contro il fiduciario che negasse di avere mai dichiarato la fiducia, e quindi sarebbero una prova della fiducia in suo confronto, il che appunto la legge non vuole ed ha proibito. Ma se il preteso fiduciario avesse consegnato la dichiarazione della fiducia, cioè questa fiducia stessa, in un documento, forsechè il produrre questo documento contro di lui, che non già negasse di averlo emanato, ma si rifiutasse di eseguirlo, non si risolverebbe del pari in una prova della fiducia, divietata dalla legge? La Corte d'appello di Firenze lo nega, e altri giudicati e giureconsulti lo negarono pure, per il motivo che la dichiarazione scritta in discorso è già prova fatta della fiducia, e trattasi appunto soltanto di produrla. Ma per convincersi che questo è un errore, si rifletta che ogni e qualunque dichiarazione del fiduciario, verbale o scritta, può sempre essere revocata, onde viene che lo addurla contro il dichiarante è sempre una prova della fiducia che si fa contro di lui, perchè è sempre una sfida che si fa, se non alla conscienziosità sua, perchè nessuno sa se la dichiarazione sia verace o no, almeno al di lui sentimento di convenienza di non disdire ciò che disse, anche solo perchè lo disse. E perchè non potrà il fiduciario revocare la fatta dichiarazione della fiducia? Forse perchè l'art. 1360 cod. civ. dice non potersi la confessione revocare? Ma questo articolo concerne la confessione di un obbligo *civile*, mentre l'eseguire la fiducia tutti ammettono essere un semplice obbligo *naturale*, o meglio di coscienza. Forse perchè l'antica giurisprudenza della fiducia non ammetteva quella revoca? Ma quest'antica giurisprudenza non ha nulla a vedere col diritto odierno nella subbietta materia, e non solo sul punto di cui ora si discorre, ma in tutto quanto il tema della fiducia, ed essa è purtroppo la precipua causa delle incertezze e degli errori della odierna giurisprudenza, tanto più che nè su quel punto nè su altri non meno

Digitized by Google

importanti, l' antica giurisprudenza è tutt' altro che pacifica e chiara. Se il fiduciario ha un semplice obbligo di coscienza, perchè non gli si dovrebbe credere quando dicesse che più attenta considerazione lo ha persuaso che la vera intenzione occulta del testatore non era quella che egli aveva ritenuto prima, e anche dichiarata a voce od in iscritto? Si capisce che in materia di obblighi civili, cioè di cause civili di obbligazione, il legislatore, per diminuire le liti e aumentare la sicurezza dei diritti, proibisca la revoca di una confessione; ma come mai si potrà egli attribuire al legislatore una consimile intenzione in una materia, come quella della fiducia, che egli vede con tanto disfavore, da non ammetterne la prova giudiziale, neppure per controllare, e all'uopo impugnare, la stessa confessione del fiduciario? Ha tanto poco aspetto di prova, che si possa opporre al fiduciario senza infrangere il divieto dell'art. 829, la costui dichiarazione della fiducia, che più di un tribunale, e p. es. la Corte di Lucca 21 giugno 1873 (*Annali* 1874, II, 41), la Cassazione di Firenze, 11 luglio 1881 (*Foro It.*, 1881, I, 924), la Cassazione di Torino, 19 decembre 1872 (*Giurispr.* Torino 1873, I, 146), la Corte di Catania 31 gennaio 1883 (*Annali*, 1883 II, 1951), ritenendo il contrario, esigono però che la dichiarazione abbia altresì per oggetto la *volontà* di eseguire la fiducia. Il che dicendo, quei tribunali non hanno riflettuto che una dichiarazione di tal genere sarebbe una vera obbligazione civile del fiduciario verso l' asserito vero erede, sicchè costui non deriverebbe più il suo diritto dal testatore, e opporrebbe a questo non già la sua dichiarazione, ma la sua promessa.

Per queste ragioni io credo di poter pensare e proclamare che l'art. 829, proibendo la *prova giudiziale* della fiducia, e questa sola prova mentovando, proibisca tuttavia anche l'*azione* per far valere la fiducia, poichè questa non potrebbe mai venir dimostrata in modo tale da vincere ogni resistenza del fiduciario, fuorchè mediante giudiziale contestazione.

Digitized by Google

Ed alla stessa conclusione io arrivo, se rifletto alla sostanza della cosa, cioè del diritto che si pretenderebbe di far valere colla prova della cosidetta *fiducia*, o della dichiarazione di questa.

Purtroppo prevale sinora nella giurisprudenza italiana l'opinione che la *fiducia*, cioè la successione ereditaria per virtù di dichiarata ed eseguita fiducia, sia concetto e istituto giuridico ancor possibile in Italia, e, s'intende, analogamente alle dottrine in proposito dell'antica giurisprudenza. Tale è p. es., l'avviso della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze, citate dianzi, come pure della Cassazione di Napoli 28 gennaio 1873 (*Annali* 1873, I, 193), e della Corte di Genova 18 novembre 1889 (*Foro it.*, Rep. 1890, voce *Successione*, n. 34); sentenze tutte queste, ed altre parecchie, le quali non hanno fatto altro in sostanza che ripetere ciò che dapprima aveva detto la Corte suprema di Milano 31 maggio 1861, applicando il codice Albertino.

Vero è che nessun giudicato italiano ebbe finora a definire propriamente gli effetti della fiducia, sia dichiarata soltanto, sia dichiarata ed eseguita, e che quelli surriferiti ebbero a pronunciare la detta tesi generica *incidentalmente* soltanto, per una occasione datane da una quistione non concernente affatto gli effetti della fiducia, nè la sostanza di questa, dalla quistione cioè se la qualità di *fiduciario*, data per avventura all'erede nel testamento, valga o no a rendere nulla l'istituzione, in virtù dell'art. 834 cod. civ., che annulla la disposizione testamentaria a favore di persona incerta, che un terzo debba nominare. Ma intanto la tesi, sia pure astratta, dell'ammissibilità di una successione testamentaria a titolo di fiducia dichiarata, si è venuta assidendo nella mente di molti, anzi della maggior parte dei giuristi italiani, e contribuisce non poco a rendere per lo meno possibile, a far prendere sul serio la questione: se giudizialmente si possa agire in base ad una cosidetta *fiducia dichiarata*. Ed io sono appunto d'avviso che questa

Digitized by Google

quistione non si possa prendere sul serio, non si possa neppure sollevare, perchè reputo destituita di ogni fondamento e di ogni senso la tesi generale suaccennata, e vero vaniloquio il parlare di successione ereditaria, sia universale, sia particolare, per titolo di fiducia dichiarata ed eseguita. Non è nuova questa mia maniera di pensare, perchè l'ebbero e la propugnarono già il Fulci, *Delle successioni*, art. 829; il Ricci, *Corso t. p. di dir. civ.*, III, 310, il Ferrarotti, *Comm. teor. prat. al cod. civ.*, IV, p. 262, il Cuturi, *Dei fedecomm. e delle sostit.*, p. 146 e segg. e, pare, anche il Buniva, (*Della success.*, p. 242-243), i cui ragionamenti non furono finora debitamente apprezzati da scrittori e da tribunali, soltanto perchè, come ho già notato, la questione non è stata finora portata sul terreno pratico delle vere e dirette conseguenze giuridiche della tesi o frase generica: essere oggi ancora possibile la fiducia, se anche non è possibile provarla. Eppure è già una conseguenza abbastanza pratica di quella tesi o frase, il domandarsi anche soltanto in generale se un'azione giudiziale si possa desumere da una dichiarazione, per quanto formale, di fiducia. E quindi il più mortale colpo che si possa recare all'opinione del valore giuridico della fiducia nell'odierno diritto italiano, consiste nel dissipare l'equivoco, dominante finora nella giurisprudenza nostra, circa l'asserito valore giuridico della *fiducia dichiarata*, circa l'asserita proibizione della *prova giudiziale* della fiducia, non anche dell'azione basata sulla *fiducia provata*.

Io non credo che si possa più affatto parlare in Italia di *fiducie* ereditarie, mentre, da una parte, la legge non le contempla affatto, non dà nessuna norma intorno alla vera e propria natura e ai giuridici effetti di questo istituto di altri tempi; e, d'altra parte, il dare un effetto qualunque alla fiducia dichiarata è contravvenire ai fondamentali principii del diritto vigente in materia di successione ereditaria. Sicchè non è neppur possibile in questa materia supplire al silenzio della legge, argomentando dall'analogia dei principii generali del di-

Digitized by Google

ritto, secondo il disposto dell'art. 3 del titolo preliminare del codice civile.

Contravviene manifestamente all'art. 834, cod. civ., il voler dare un effetto qualunque alla fiducia dichiarata. Imperocchè l'effetto si darebbe alla fiducia, come a titolo di successione ereditaria, mentre l'art. 834 dichiara nulla ogni disposizione testamentaria a favore di incerta persona, da nominarsi da un terzo. Terzo diventa certamente l'erede fiduciario di fronte all'erede vero del testatore, nell'atto in cui egli dichiara la fiducia. Se infatti la nostra giurisprudenza ebbe più volte a dichiarare che la qualità di *fiduciario*, data nel testamento all'erede istituito, non rende nulla l'istituzione in virtù dell'art. 834, ciò ritenne perchè considerò quella qualifica dell'erede istituito come non scritta. Ma se l'erede testamentario è vero erede, benchè chiamato *fiduciario*, perchè in omaggio all' art. 834 a questa qualifica non vien dato nessun giuridico effetto, implica contraddizione, e propriamente una duplice contraddizione, il ridar effetto a quella qualifica nel periodo di esecuzione del testamento, e il credere di poter sfuggire all'art. 834, sottraendo una prima volta a quell'articolo il suo obbietto, e poi facendolo di trasforo ricomparire più tardi.

Contravviene altresì il preteso effetto giuridico della fiducia dichiarata, al divieto e alla nullità della sostituzione fedecommissaria (art. 900). Imperocchè nulla vieterebbe all'asserito fiduciario di dichiarare la fiducia nel suo testamento, nel qual caso il vero erede diventerebbe fedecommissario dopo la morte del fiduciario, nè sarebbe possibile questa volta eludere l'art. 900 col ricorrere alla vieta, e, del resto inutile, finzione di una risoluzione del diritto del fiduciario per appunto al momento della morte di questo, poichè il fiduciario non sarebbe mai stato erede vero nella mente del testatore. E ancor più manifesta si farebbe l'indole fidecommissaria della eredità fiduciaria nel detto caso, se il fiduciario pretendesse di ritenersi i frutti, allegando anche su di ciò la volontà del

Digitized by Google

testatore (V. GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civ. ital.* Napoli 1882).

E ancora contravviene il preteso giuridico effetto della fiducia dichiarata all'altro principio del Codice civile, che l'accettazione dell'eredità non può essere revocata (art. 942). Il fiduciario ha accettato come erede, non è quindi possibile che egli ritorni sulla propria accettazione per dar luogo a quella di un altro, poichè la legge non contempla espressamente codesta eccezione al generale canone della irretrattabilità dell'accettazione ereditaria, fuorchè per titolo di violenza o di dolo.

E finalmente alla stessa dottrina del nostro diritto civile intorno ai titoli della successione ereditaria contravviene il concetto, l'espressione stessa di efficacia giuridica della *fiducia.* L'art. 720 dice che « la successione si devolve per legge o per testamento », e l'art. 855 dice che « il testamento è un atto revocabile col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, in favore di una o più persone ». La fiducia sarebbe una disposizione testamentaria non contenuta nell'atto che si chiama testamento; non è dunque testamento, e non può quindi avere nessuna efficacia come titolo per cui taluno succeda *mortis causa* ad un altro. O la disposizione confidata al fiduciario si considera come disposizione del testatore, e non può avere effetto, perchè non è enunciata nel testamento; o la si considera un atto proprio del fiduciario, e non può avere efficacia, perchè le successioni si deferiscono per volontà di un defunto, o per opera della legge.

L'impossibilità di introdurre, e propriamente *incastrare* l'istituto della fiducia nel nostro sistema di diritto successorio, è poi anche resa manifesta dalle incertezze e contraddizioni, in cui si aggirano, come in un vero labirinto, quei pochi, i quali ebbero il lodevolissimo scrupolo di non limitarsi al vago e astratto concetto della efficacia della fiducia dichiarata in

Digitized by Google

diritto odierno, ma di svolgerlo nelle sue pratiche conseguenze. E veramente questo merito non ispetta pienamente che al valente giurista E. GIANTURCO (op. cit.), che io però non comprendo come non abbia avuto il coraggio di por fine alla tortura cui andava assoggettando il proprio ingegno, rinunciando all'intrapresa e riconoscendola impossibile.

Fatta la dichiarazione della fiducia, cessa il fiduciario di essere erede? E cessa la *confusio haereditatis*, che s'era fatta col patrimonio del fiduciario? Nell'antica giurisprudenza la questione non era neppur possibile, perchè l'esistenza della fiducia, apparendo dal testamento, non consentiva che il fiduciario venisse considerato come erede. Ma nel diritto attuale italiano, essendo il fiduciario erede, come è egli possibile che cessi di esserlo per sola volontà propria, poichè l'accettazione dell'eredità è irretrattabile? D'altra parte, come è egli possibile conciliare il concetto di *fiduciario* con quello di erede, se non alla condizione che questa qualità cessi colla esecuzione della fiducia?

L'eredità fiduciaria sarà soggetta anch'essa, o no, al diritto dei legittimari, parenti del fiduciario? Si sa che questa questione è stata trattata lungamente in una delle Commissioni elaboratrici del codice Albertino, ma che non fu possibile a questa di venire in proposito a conclusione nessuna, dato il sistema voluto adottare in quel codice rispetto alla fiducia, sistema identico all'attuale italiano. Eppure la questione bisogna porla e risolverla, se si crede che le fiducie siano ancor possibili nel diritto italiano. Certamente bisogna risolverla in modo consono al concetto di quell'istituto. Ora, se vi ha contraddizione a questo concetto, quella è certamente di dare ai legittimarî del fiduciario un diritto sui beni che non sono di questo, che non dovrebbero neppure essere mai entrati nella sua eredità. Ma, d'altra parte, se il fiduciario è erede, e questa eredità aumenta il suo patrimonio, il dargli facoltà di sottrarre ai legittimarî una parte di questo, col pre-

Digitized by Google

testo della fiducia, equivale a porre in sua piena balìa lo stesso istituto della porzione legittima.

Dichiarata la fiducia, i terzi contraenti col fiduciario conservano i diritti da loro acquistati? Alla quistione non si può manifestamente rispondere, se non invocando l'analogia dello art. 933 cod. civ. Ma può egli parlarsi di buona fede dei terzi acquirenti, se per avventura la fiducia sia accennata nello stesso testamento? D'altra parte, se il fiduciario deve sparire dopo la dichiarazione della fiducia, egli è dunque stato prima un erede apparente.

Ometto per amore di brevità di menzionare molte altre quistioni pratiche intorno al preteso effetto giuridico della fiducia nel diritto italiano. Sarebbero molte davvero, ed anzi può dirsi che non si potrebbe fare un passo in questo campo senza inciampare in una quistione, e propriamente in una quistione insolubile, come tutte quelle menzionate sopra. Insolubili quistioni per un solo e semplicissimo motivo: che il fiduciario non fu mai nella passata giurisprudenza considerato come erede, mentre il codice civile italiano reputa erede il fiduciario, solo perchè a questa qualifica passa sopra, e, se nel testamento è scritta, l'ha per non scritta. Conciliare due concetti così diametralmente opposti, è ancor più impossibile che conciliare l'acqua col fuoco, perchè di questi due elementi in lotta l'uno finisce per sopprimere l'altro, mentre di quei due concetti l'uno e l'altro può esser soltanto dimenticato per un momento, onde rifar capolino un momento dopo.

Già nel seno della Commissione compilatrice del Codice Albertino le difficoltà e le impossibilità suindicate si fecero manifeste nella lunga discussione, bene riassunta dal Gianturco (op. cit.), e fu appunto per effetto di esse che i commissarî si accordarono nel lasciare impregiudicate tutte le quistioni circa l'effetto della fiducia dichiarata, redigendo l'articolo 809 cod. Albertino, come è oggi redatto l'art. 829 codice civ. it., e sopprimendo un primo alinea che doveva appunto quel-

Digitized by Google

l'effetto regolare. Certamente più logici e sinceri sarebbero stati quei commissarî, se avessero riconosciuto francamente che la fiducia non poteva più esistere nel nuovo diritto, dal momento che se ne proibiva la *prova giudiziale*, benchè menzionata ella fosse nel testamento, e che si aveva per *erede* il fiduciario, benchè con questo *ben diverso* nome designato nel testamento. Così com' è rimasto formulato, l'art. 809 cod. Albertino non significa nessun preciso concetto; che cosa abbiano voluto concludere quei commissari non hanno certamente saputo. Di ciò tutti convengono, e il Gianturco per il primo. Nè i compilatori del codice civile italiano ripetendo tal quale l'art. 809 Cod. Albertino, hanno avuto idee più chiare dei loro predecessori. Sicchè non vi ha forse un altro punto della patria legislazione, in cui i Motivi della legge abbiano minore autorità. Ma le incertezze, le contraddizioni in cui rimase il legislatore, non vi ha ragione che continuino nell' interprete della legge. Questi non ha che a dedurre le conseguenze logiche dalle premesse di quello. Come, cioè, nel diritto nostro il fiduciario dovrebbe esser reputato vero erede, ne consegue che la fiducia non è più altro nel diritto italiano, se non una parola vuota di senso, cui non si pon mente nel testamento che la contenga; e quindi non soltanto non si può *provare giudizialmente* la fiducia, come dice, e soltanto dice l'art. 829 cod. civ., ma neppure si può dare nessun effetto giuridico alla fiducia dichiarata, nessuna azione può desumersi contro il fiduciario da questa dichiarazione, perchè dichiarazione ed azione aventi per oggetto il nulla, al pari di quella prova.

Che cosa in diritto italiano propriamente fa il fiduciario che dichiara la fiducia, e cede ad un terzo o la intiera eredità, o una parte di questa, o un ente singolo?

Egli non fa, come bene ha già detto il bravo Cuturi, se non donare. La quale donazione s'intende che deve essere rivestita delle forme, e suscettiva di tutti gli effetti stabiliti dal codice civile. E ognuno capisce che altra cosa è donare

Digitized by Google

una eredità, altra cosa cedere la qualità di erede; il primo atto cade su di una *universitas juris*, il secondo cade su di una qualità inerente alla persona; il primo è possibile, il secondo no. Come pure ognuno capisce che il cosidetto fiduciario, col solo obbligarsi a dare, nè pone in essere una donazione, nè si obbliga validamente, poichè l'obbligazione sua sarebbe *sine causa* (art. 1119 cod. civ.).

Conchiuderò, confermando la mia tesi con un fecondo concetto della odierna sociologia, scienza proficua non solo al filosofo del diritto, ma anche al civilista: la fiducia è una *sopravvivenza* del passato, un avanzo atrofizzato del diritto di altri tempi, rimasto, per mera virtù di abitudine, e senza senso nè effetto alcuno, in mezzo al diritto vivente dei giorni nostri.

Digitized by Google

L'ipoteca testamentaria nel diritto civile italiano.

Che si possa per testamento dar titolo a iscrizione ipotecaria non è stato finora ammesso, ch'io sappia, che dalla Corte d'appello di Casale, 14 maggio 1896 (*Giur. ital.* 1896, I, 2, 514), e dalla Cassazione di Torino 7 dicembre 1896 (*Foro it.* 1897, 1, 160), in conferma della sentenza di Casale. Le sentenze infatti della Corte di Milano, 7 febbraio 1879, (*Monit. dei Trib.*, 1879, 260) e della Cassazione di Torino, 3 dicembre 1880 (*Foro it. Repert.* 1881, voce *Ipoteca* n. 34), e 20 dicembre 1895 (*ib.*, 1896, I, 803), citate talvolta in favore di quella tesi, riguardano ipoteche iscritte per spontanea adesione, o senza opposizione degli eredi alla volontà del testatore, e quindi in virtù di tacita convenzione fra legatari ed eredi. Pare impossibile che più di un collettore di giudicati italiani abbia fatto questa confusione di cose affatto differenti. Se l'erede lascia iscrivere l'ipoteca ordinata dal testatore, questo fatto è un accordo, espresso o tacito, fra l'erede e il legatario, e l'ipoteca è convenzionale, non testamentaria, ripete dalla convenzione il suo titolo, e dal testamento l'occasione soltanto.

La Corte di Casale adduce in sostegno della sua tesi i *Motivi* del codice civile, e specialmente il fatto che, discutendosi in seno alla Commissione coordinatrice intorno alla proposta Chiesi, di aggiungere all'art. 2005 del progetto Miglietti, a cui risponde l'art. 1968, la parola *testamentaria*, la conclusione fu che tale aggiunta non si poteva accettare, « perchè l'ipoteca testamentaria in pratica e anche in diritto è compresa nella convenzionale », perchè « sarebbe pericoloso ed originerebbe non poche quistioni il farne una classe a parte, massime che in tal caso converrebbe regolarla con diversi e distinti articoli, di cui si accrescerebbe il codice senza utilità », e per-

Digitized by Google

chè « nella pluralità dei casi supplisce al difetto di questa ipoteca il diritto di separazione dei patrimoni ».

Come questi motivi abbiano potuto parere alla Corte argomenti in pro della sua tesi, non comprendo; mentre convengo con essa che il motivo della equivalenza della separazione dei patrimoni alla ipoteca testamentaria pei legatari, non risponde al vero, non capisco invece come essa abbia potuto dar valore agli altri due. Dice benissimo la Corte, che la separazione dei patrimoni è molto minor guarentigia dell'ipoteca testamentaria, già per la ragione che la prima non si può domandare che dentro il termine perentorio di tre mesi dall'aperta successione (art. 2057), mentre il diritto ad accendere una ipoteca non si prescrive che in trent'anni. Al quale argomento si potrebbe aggiungere che la separazione dei patrimoni guarentisce tutti i legatari ugualmente contro i creditori dell'erede, mentre l'ipoteca testamentaria darebbe preferenza ad un singolo legatario su tutti gli altri, se nel nostro codice questa preferenza non fosse possibile in virtù di espressa disposizione testamentaria (art. 825). Ma la Commissione, che disse dapprima essere la ipoteca testamentaria compresa nella convenzionale, e poi rifiutò di accogliere quell'istituto nel codice civile, « onde non dar luogo a questioni », è caduta certamente in contraddizione, e colla seconda proposizione ha disdetto la prima. La Corte invece si è voluta appigliare appunto alla prima delle due proposizioni, non tenendo conto della seconda; e in ciò essa ha avuto indubbiamente torto. Per la corte di Casale il precipuo argomento per ammettere la ipoteca testamentaria è l'identità di questa colla convenzionale, ma in quanto ciò essa crede sulla fede della Commissione coordinatrice, ha torto; in quanto poi essa ha fatto propria una tale tesi, è in errore, ripete cioè un errore, che, *per un momento*, commise anche quella Commissione.

È oramai tempo che si smetta codesta, pur troppo assai frequente, assimilazione dell'ipoteca testamentaria alla con-

Digitized by Google

venzionale. Il testamento, lo ripeto, non ha nulla di comune col contratto (v. la mia *Philosophie du droit de succession*, e rammentisi la nota regola del diritto che *verba contraxerunt, gesserunt non pertinent ad testandi jus)*. Si ravvisa bensì un quasi-contratto nell'accettazione dell'eredità, ma fra l'erede e i legatari e creditori del defunto; il diritto però dei secondi in confronto dell'eredità, esiste, ed è irrevocabile per parte del concedente, non appena questi è morto, prima ancora che l'erede abbia accettato, e indipendentemente da questa accettazione. Ed ora appunto si domanda se, concessa una ipoteca per testamento, si possa ravvisarè nel testamento un titolo idoneo all'iscrizione ipotecaria, titolo cioè che si possa far valere in confronto dell'erede, dei creditori del defunto, e degli altri legatari.

In questi termini precisamente, si rifletta bene, sta in diritto odierno la questione della ammissibilità dell'ipoteca testamentaria. Nel diritto romano, l'ipoteca, essendo tacita, poteva benissimo costituirsi per testamento, nel senso che per sola virtù di questo, alla morte del testatore, la cosa designata si trovava colpita dal diritto di ipoteca. Ma nel diritto odierno, essendo necessaria alla esistenza dell'ipoteca la iscrizione, e soltanto in virtù di questa esistendo diritto reale d'ipoteca, viensi necessariamente a distinguere il titolo costitutivo della ipoteca dalla costituzione di questa. Ora il codice civile all'articolo 1968 annovera tre specie di ipoteca, legale, giudiziale, convenzionale, il che è quanto dire, riconosce tre titoli costitutivi, che meglio si direbbero titoli alla costituzione dell'ipoteca, che sono: la legge, la sentenza e la convenzione. E per convenzione s'intende non soltanto uno scambio di consensi, ma anche l'accettazione di una anterior promessa unilaterale, come dichiararono la Cassazione di Napoli, 30 agosto 1889, *(Foro it.*, 1890, I, 72), la Cassazione di Torino, 13 dicembre 1894, *(ib., Repert.* 1895, voce *Ipoteca* n. 31), la Corte di appello di Firenze *(ib.*, 32), la Corte di appello di Venezia, 10 marzo 1891,

Digitized by Google

(ib., Repert. 1891, voce *Ipoteca* n. 19-21), la qual promessa unilaterale non si può al certo mai ravvisare in una disposizione testamentaria, poichè nulla di comune vi ha fra il testamento ed il contratto, trasferendo il primo un diritto irrevocabile per parte del trasferente o testatore, mentre nel secondo l'offerta può sempre venir revocata, fino a che accettata non sia. Questione è appunto se oltre a questi tre titoli si possa ammetterne un altro, cioè il testamento, benchè la legge di questo non parli.

Posta così la questione, sembrami facile risolverla, anzi tanto facile, che non si possa neppure dire questione.

Per il solo fatto cioè che la legge non menziona il testamento come titolo costitutivo, o per la costituzione dell'ipoteca codesto titolo non si può ammettere, è a reputarsi estraneo al nostro diritto civile. Se anche dai *Motivi* della legge non apparisse chiaro che la ipoteca testamentaria non si volle ammettere, basterebbe sempre ad accertare codesto il silenzio del legislatore. O l'erede rispetta ed eseguisce la volontà del testatore che diede una ipoteca al legatario, e l'ipoteca assume carattere convenzionale, o non la vuole rispettare, e l'iscrizione non si può fare in base al solo testamento. Non si può fare, non già perchè il testamento, anche olografo, non sia documento idoneo ad essere presentato al conservatore delle ipoteche. Nel Belgio infatti, dove la ipoteca testamentaria è ammessa, non c'è stato mai dubbio in proposito. E quanto al testamento olografo in particolare, che esso possa reputarsi atto autentico, non è dubbio, come bene osserva la corte di Casale, nella nostra giurisprudenza (v. Cassazione di Napoli 7 maggio 1894; *Giur. ital.*, 1894, I, 1, 990). L'iscrizione del testamento nei registri delle ipoteche non si può fare, unicamente perchè il legislatore nol consente, e non lo consente perchè e solo perchè non lo permette espressamente.

Il legislatore italiano cioè non ha voluto consentire al testatore di legare una ipoteca, oltre a legare una prestazione

Digitized by Google

qualunque sulla propria eredità, e propriamente a guarentigia di questa prestazione. Non ha voluto consentire che per virtù sola del testamento un legatario acquistasse in pari tempo il diritto di ripetere una prestazione dall'erede, e il diritto di accendere per guarentigia di questa prestazione una ipoteca sui beni ereditari, volente o nolente l'erede. Non ha consentito la seconda cosa, come ha consentito la prima; non ha permesso che il legatario avesse altra guarentigia reale, fuorchè la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; non ha permesso che un legatario, per virtù d'ipoteca testamentaria, fosse preferito agli altri, cioè pagato a preferenza degli altri, e solo ha permesso che tutti i legatari indistintamente fossero preferiti ai creditori dell'erede in virtù della separazione del patrimonio ereditario da quello dell'erede.

È forse per sé medesimo inintelligibile, assurdo, siffatto intendimento del legislatore italiano? Bisognerebbe poter affermare codesto per escluderlo, per non avervi riguardo, mentre esso è tanto chiaro. Ma cotale affermazione appunto nessuno può permettersi.

È egli forse nuovo che l'ipoteca testamentaria non sia ammessa, cioè che il testamento non costituisca, per sè solo, titolo al legatario di iscrivere una ipoteca a guarentigia del legato? Tutt'altro; nuovo è invece, cioè insolito, il contrario. L'ipoteca testamentaria infatti non esiste nè in diritto francese, nè esisteva nei codici vigenti in Italia, ad eccezione del solo codice austriaco (§ 449), il quale espressamente la permette. Esiste nel Belgio in virtù della legge ipotecaria 16 dicembre 1851 (art. 44), la quale pure espressamente la ammette.

E per comprendere il pensiero del legislatore italiano rispetto all'ipoteca testamentaria dei legatari, cioè contro questa ipoteca, bisogna collegarlo con altri pensieri e disposizioni, cioè col sistema delle guarentigie del legatario, che esso legislatore ha voluto istituire.

Esiste infatti un tal sistema nel codice civile italiano, e

Digitized by Google

si è venuto svolgendo dal relativo diritto storico. La principale guarentigia dei legatari, da Giustiniano in poi, cioè dalla l. 1, C. *comm. de leg.*, la quale però permette in pari tempo l'ipoteca testamentaria, fu l'ipoteca legale sui beni ereditari. Questa ipoteca legale si mantenne in tutte le legislazioni moderne, e la si trova infatti nel *code civil* (art. 1017), nel codice albertino (art. 860), nel codice parmense (art. 2176), nel codice estense (art. 2173), e fu solo abbandonata in Italia dal codice civile austriaco, il quale abolì tutte quante le ipoteche legali. In tutti questi codici però i legatari hanno anche un'altra guarentigia reale contro la concorrenza dei creditori dell'erede, possono domandare cioè la separazione dei patrimoni, la quale deve pure essere iscritta nei registri ipotecari (*code civil*, articolo 878; LL. CC. delle Due Sicilie, art. 798; cod. alb. articolo 1100; cod. est., art. 1095; cod. parmense, art. 2142). E l'una e l'altra guarentigia anzidette sono comuni a tutti quanti i legatari. Se il testatore vuole preferito uno ad altri legatari nel pagamento, le dette legislazioni moderne, che non ammettono la ipoteca testamentaria, cioè tutte quante, tranne l'austriaca, consentono che nel testamento ciò venga espressamente ordinato (*code civil*, art. 927; LL. CC. delle Due Sicilie, articolo 814; cod. parmense, art. 1027; cod. est., art. 1055). Di tutte insieme le suaccennate disposizioni si componeva il sistema delle guarentigie del legatario nei codici vigenti in Italia prima del codice civile italiano. Ora il sistema di questo codice in tale materia è appunto quello stesso anteriore sistema, con una sola modificazione, che è l'abolizione della ipoteca legale comune dei legatari. Nel codice civile italiano è ancor provveduto, come in tutti i codici precedenti, alla duplice guarentigia di tutti i legatari in comune, di fronte ai creditori dell'erede, e del singolo legatario di fronte agli altri legatari; alla prima mediante la separazione dei patrimoni, e con questo solo mezzo, alla seconda mediante l'ordine di preferenza scritto nel testamento. È un sistema anche questo, come lo era

Digitized by Google

quello dei codici precedenti, anzi è lo stesso sistema precedente, meno una delle due guarentigie comuni di tutti i legatari, che quei codici ammettevano. È un sistema che il generale concetto di guarentire il legatario svolge ed attua nei suoi due aspetti, che sono: guarentigia collettiva, guarentigia individuale. E in questo sistema l'assenza dell'ipoteca testamentaria è spiegata e giustificata dal riflesso che al generale scopo di questa ipoteca, guarentigia del legatario singolo in confronto degli altri legatari, il legislatore provvede altrimenti, ma provvede.

Come è egli adunque possibile reputar sottintesa nel sistema di guarentigie dei legatari la ipoteca testamentaria, mentre lo scopo, a cui questa ipoteca tende, non è già sfuggito al legislatore, ma esso vi ha provveduto, in altro modo bensì, ma pur vi ha provveduto?

Io non disconosco che l'ipoteca testamentaria è migliore guarentigia del singolo legatario, che non il semplice ordine di preferenza, di cui all'art. 825; imperocchè, ove accada che il singolo legatario, preferito agli altri dal testatore per il pagamento, non abbia domandato la separazione dei patrimoni, indotto magari in errore dallo stesso erede, quella ipoteca soltanto potrebbe assicurarlo contro il pericolo di non essere soddisfatto. Epperò io non sarei stato alieno dal consigliare al legislatore nostro di imitare la legge belgica del 1851, pure tenendo ferma l' abolizione dell' ipoteca legale dei legatari, che anche il diritto belgico non ammette. Ma appunto perchè in un sistema di guarentigie dei legatari, quale è quello adottato dalla nostra legislazione, l' ipoteca testamentaria non è necessario elemento, non è possibile che ve la introduca l'interprete, mentre la legge non ne parla; della qual legge il silenzio in proposito non è già inesplicabile o senza senso, ma ad un concetto, ad un sistema risponde, ed è esso medesimo un concetto.

Di fronte a queste considerazioni non è davvero autoriz-

Digitized by Google

zata, assume l'aspetto di una ingenuità, la domanda della corte di Casale: perchè non deve essere lecito al testatore accordare ad un onorato, oltre ad un dato legato, anche una ipoteca a guarentigia di questo? Sarebbero, è vero, due legati codesti, pel secondo de' quali è tanto ammissibile la libertà del testatore, quanto rispetto al primo. Ma egli è anche vero che la libertà testamentaria è moderata dalla legge, specialmente in quelle materie che attengono al pubblico interesse, fra le quali materie vi ha certamente l'ipoteca. Ed egli è altrettanto vero che il legislatore italiano non annovera l'ipoteca testamentaria fra le ipoteche da lui riconosciute, e che a nessuna di queste può quella essere ricondotta. Bene o male abbia egli ciò fatto, è superfluo indagare; ma certamente egli ha avuto quel proposito, perchè, lo ripeto,ad un concetto esso risponde, e di un sistema è parte ed effetto.

Ma se una ipoteca testamentaria a guarentigia di un legato non darebbe certamente al legatario diritto alla iscrizione, non ne consegue però che il legatario dell'ipoteca non possa desumere nessun diritto da tale disposizione del testatore.

Se il legatario non può iscrivere l'ipoteca testamentaria, ove l'erede nol consenta, egli può tuttavia convenire in giudizio l'erede affinchè gli dia l'ipoteca ordinata dal testatore, venga cioè ad un accordo con lui a tale scopo, oppure risponda degli eventuali danni che il legatario avesse a risentire, come se, per es., non ostante la separazione dei patrimoni, l'asse ereditario, depurato dai debiti, non bastasse a soddisfare tutti quanti i legatari, ma in parte soltanto e *pro rata*. Poichè l'ordine del testatore circa la ipoteca non può avere effetto, se non perchè l'erede si accordi col legatario per eseguirlo, si può ben reputare obbligato l'erede ad accedere a quella convenzione, o a prestare al legatario l'*id quod interest* se non vi acceda. E la sentenza favorevole al legatario che il giudice pronunciasse, darebbe certamente luogo ad un'ipoteca

Digitized by Google

eventuale, ma giudiziale, non testamentaria, e ipoteca giudiziale contemplata dall'art. 1970.

Oppure il lascito di un'ipoteca a guarentigia di un legato potrebbesi forse reputare equipollente a un legato di preferenza nel pagamento del legato, di cui fa cenno l'art. 825 più volte sopramenzionato.

Digitized by Google

Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare.

Che la sostituzione fedecommissaria implichi la sostituzione volgare, è oramai giurisprudenza costante della cassazione di Roma. La sentenza 15 dicembre 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 93) ha seguìto quella pronunciata a sezioni riunite il 12 giugno 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 628). E già in una sentenza 27 novembre 1877 la cassazione romana aveva accolto la stessa tesi rispetto alla sostituzione compendiosa, contrariamente alla cassazione di Torino (*ivi*, 1877, I, 451). Prima che dalla cassazione romana, la tesi della inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria era stata accolta dalla cassazione di Palermo, 8 aprile 1893 (*ivi*, 1894, I, 628, i. n.), nella stessa causa decisa poi dalle sezioni riunite della cassazione romana. E dello stesso avviso è anche la maggior parte dei giuristi italiani, che ne hanno scritto, il Pacifici-Mazzoni, il Borsari, il Bellavite, il Ricci, il Losana, e anche la massima parte dei francesi, tra i quali il Laurent il Demolombe, Aubry et Rau, dai quali dissentono il Marcadé e lo Zacariae.

In seguito alla pubblicazione della sentenza della cassazione di Roma a sezioni riunite 12 giugno 1894, tre pregevolissimi scritti sono stati pubblicati intorno alla questione, da L. Coviello (*Giur. ital.*, 1894, I, 786-796), da G. Claps (*ivi*, IV, 257-280) e da Filomusi-Guelfi (*Foro ital.*, 1895, 77-90). Da questi tre scritti si raccoglie una trattazione completa della quistione sotto tutti i suoi aspetti, e nei due ultimi segnatamente sotto l'aspetto dei precedenti storico-dottrinali, ma non sono concordi quei tre giuristi nelle premesse e nelle conclusioni loro. Il Coviello, mentre nega che la cassazione potesse decidere la questione, come questione di mera interpretazione

Digitized by Google

della volontà del testatore, accetta la tesi della cassazione romana per ragioni prettamente giuridiche; la restringe però al solo caso della premorienza dell' istituito, negandola nel caso di rinuncia di questo alla successione. Il FILOMUSI-GUELFI nega invece la tesi della cassazione romana nella generalità sua, l'ammette soltanto rispetto alla sostituzione pupillare, e opina che tale appunto era il caso deciso da quella cassazione nella sentenza 12 giugno 1894, sicchè quella decisione fu giusta, ma non in virtù della generale dottrina professata dalla corte. Il CLAPS pure censura e rifiuta del pari questa dottrina generale. Sicchè, in conclusione, dei tre ricordati giuristi uno accetta limitatamente, e per altri motivi, la tesi generale della cassazione romana, ma non ne accetta la decisione particolare, un altro accetta questa decisione, ma ripudia la tesi che vi conduce, e il terzo ripudia tesi e decisione.

Che in questo stato di cose la questione rimanga aperta nel campo della scienza, e che ogni giurista debba riproporsela, e tentarne la soluzione per conto proprio, facendo tesoro bensì dei materiali e degli insegnamenti forniti dai predecessori, non è dubbio. Ed ecco ora l' opinione e le ragioni mie, molto sommessamente presentate agli studiosi, e anzitutto ai tre valenti giuristi surricordati, i quali mi hanno spianato la strada, e dei cui studî accuratissimi io ho fatto principalmente mio pro. E appunto perchè già tanto è stato scritto ultimamente in Italia su tale argomento, io credo di potere dispensarmi dal riprendere la questione *ab ovo*, e addirittura entrare *in medias res*.

Considero, per prima cosa, di quale indole sia propriamente la questione.

La cassazione romana, nelle due sentenze del 1894, la reputò questione di interpretazione della volontà del testatore, e questo è anche il mio avviso. Lo stesso ebbe a dichiarare anche la cassazione di Bruxelles in una sentenza 3 marzo 1853 (v. BELTJENS, *Le code civil annoté*, Liège, 1892, vol. II,

Digitized by Google

pag. 178). Il Coviello lo nega, e gli altri scrittori dopo di lui non si pronunziano chiaramente in proposito. Io sono dell'avviso delle cassazioni di Roma e di Bruxelles. Quale questione sarebbe quella infatti, se non fosse d' interpretazione del testamento? Questione di puro diritto? Ma le norme giuridiche, in virtù delle quali si vuol dare ad una data categoria di disposizioni testamentarie piuttosto un aspetto ed un effetto che un altro, non possono appunto essere che norme di interpretazione della volontà del testatore. Solo quando si tratti di definire se una data disposizione testamentaria sia *valida* o no, la questione è di puro diritto, e i canoni giuridici invocati non sono canoni di interpretazione, ma bensì precetti imposti all'osservanza del testatore; ma quando non della *validità* della disposizione testamentaria si discute, sibbene *dell'effetto suo*, e propriamente del maggiore o minore effetto, se canoni giuridici si possono invocare, questi non possono essere che canoni interpretativi del testamento; canoni generali bensì, che racchiudono un numero indefinito di interpretazioni e di decisioni parziali, che altrimenti dovrebbe il giudice fare di caso in caso.

E ciò posto, cade la tesi che la cassazione non possa pronunciarsi intorno alla questione in discorso, soltanto perchè sia questione di mero fatto, cioè di interpretazione del testamento. Cade cioè questa tesi, se, come appunto fece la cassazione romana, i giudici del diritto affermano o negano in un dato caso speciale che la sostituzione volgare sia inclusa nella fedecommissaria, non già interpretando un singolo testamento, ma dipartendosi dal canone giuridico generale che in ogni sostituzione fedecommissaria la volgare sia inclusa, o non sia. Il canone è giuridico, solo perchè è generale, benchè sia canone concernente una figura di fatto. O non sono tali per la massima parte i canoni giuridici? *Ius oritur ex facto* non significa soltanto che il fatto è occasione alla regola giuridica, ma altresì che il più delle volte il diritto si

Digitized by Google

adatta al fatto e ne è significato e ragione. L'essenziale si è, lo ripeto, che il fatto, il testamento, per esempio, venga interpretatato per mezzo di un canone generale a tutti i fatti consimili, perchè allora si ha in pari tempo interpretazione di un fatto e applicazione di un canone giuridico. E sono in realtà canoni di tal genere quelli invocati dai fautori e dagli avversari della dottrina della cassazione romana. Chi dice e chi nega che si applichi alla sostituzione fedecommissaria, in relazione alla volgare, ciò che vale per la sostituzione pupillare e per la compendiosa, affermando o negando che la prima abbia affinità colla seconda; ma gli uni e gli altri discutono intorno all'applicazione di canoni giuridici, che per essere scritti nel diritto romano, o tradizionali nella giurisprudenza, non cessano di dovere la loro origine prima ad una interpretazione della volontà del testatore, e in quella stessa applicazione vanno facendo confronti, che si risolvono pure in interpretazioni di tal genere. Il Coviello, molto ingegnosamente, porta la questione sul terreno della convalescenza di fatto della sostituzione, in seguito all'inutilità dell'istituzione, ma egli pure, senza accorgersene, interpreta la volontà del testatore, perchè sarebbe assurdo pensare che un tale espediente, e quasi manipolazione, potesse produrre un effetto che al testatore si imponesse, senza che egli lo avesse, almeno implicitamente, voluto.

Anche il Filomusi-Guelfi è in sostanza del mio avviso, benchè egli non abbia avuto occasione di definire l'indole della questione, là dove obbietta al Coviello « che la cassazione può benissimo decidere, se siano stati disconosciuti i canoni logici dell'interpretazione del testamento ».

È poi specioso l'argomento del Coviello che la cassazione romana sia venuta stabilendo, di suo arbitrio, una presunzione, che la legge sola può stabilire (art. 1350, Cod. civ.). Ciò è vero soltanto per le presunzioni *juris et de jure*, ma non già per le presunzioni *hominis* soltanto. Rispetto a queste ul-

Digitized by Google

time l'art. 1349 lascia pienamente libero il giudice, il quale se in un singolo caso desume un fatto ignoto dal noto, esaminando le peculiari circostanze del caso, fa un semplice giudizio *di fatto;* se, invece, ad una intera categoria di fatti, come sarebbero, per es., le sostituzioni fedecommissarie, atteso il comune e astratto tipo di questi fatti, attribuisce un dato significato, pone un canone giuridico generale, dal quale poi dedurrà tante singole decisioni, di fatto e di diritto ad un tempo.

Considerata come questione di interpretazione della volontà del testatore, quella di cui vado parlando, e in pari tempo come questione *giuridica*, in quanto quell'interpretazione si discute, considerando non un atto giuridico singolo, ma un tipo astratto di giuridico atto, io non esito a dichiararmi della opinione della cassazione di Roma. Sono anch'io di avviso cioè che la sostituzione fedecommissaria implica di sua natura sempre la sostituzione volgare, tanto se l'istituito sia premorto al testatore, quanto se gli abbia sopravvissuto e abbia rinunciato alla eredità. E noto qui subito che anch'io, come Claps e Filomusi-Guelfi, non trovo ammissibile la distinzione fatta da L. Coviello fra quei due casi, e la esclusione del secondo. Imperocchè non mi pare giusto l'argomento di Coviello, che alla morte del testatore il diritto del sostituito sia subito tolto di mezzo dalla legge, sicchè non possa più rivivere in nessun modo. La legge abolisce, è vero, il diritto del sostituito, ma soltanto come sostituzione, cioè soltanto perchè ed in quanto dovrebbe farsi valere dopo quello dell'istituito; or se questo diritto non esiste più, e propriamente si ha come non avesse mai esistito, per virtù di rinuncia, vien meno manifestamente fino *ab initio* anche l'ipotesi e la ragione in cui e per cui il diritto del sostituito era stato tolto di mezzo dalla legge, e sorge la stessa questione circa l'intenzione del testatore rispetto al diritto del sostituito, in seguito alla rinuncia dell'istituito, come in seguito alla premorienza di questo.

Digitized by Google

In due modi io credo potersi propugnare la inclusione della sostituzione volgare in ogni sostituzione fedecommissaria: *a*) con argomenti razionali; *b*) con argomenti di autorità, i quali si risolvono anch'essi in argomenti razionali, ma sono in pari tempo e anzitutto inconcussi e tradizionali dettati della scienza del diritto, sia nella *subiecta materia*, sia in argomenti affini.

La ragione dapprima suffraga, a mio credere, validamente la tesi della cassazione romana.

Il testatore ha voluto che il suo lascito appartenesse dapprima a Tizio, e, dopo la morte di Tizio, a Caio; la legge invece non tollera che Caio abbia il lascito dopo Tizio, cioè non ammette che l'istituito al lascito, e ne esclude il sostituito. Sono due volontà in conflitto: quella del testatore e quella del legislatore. Si rifletta bene anzitutto al significato di codesto fatto. Suolsi infatti discutere e variamente ragionare fra gli scrittori succitati intorno alla probabile intenzione del testatore, che ha conservato il suo testamento dopo la premorienza dell'istituito, ove egli abbia saputo di codesta premorienza, e avuto il tempo di modificare il proprio testamento. Per me quel fatto non significa e non può altro significare fuorchè l'ignoranza in cui era il testatore del disposto della legge. Qui più d'uno inarcherà le ciglia, ma abbia pazienza. Io dichiaro francamente di non potere accettare il solito canone che l'ignoranza della legge non si deve mai supporre. Questo canone è vero soltanto nel senso che tale supposizione non può mai giovare, cioè, non può mai salvare nessuno dalle conseguenze giuridiche del suo fatto, nè per via di eccezione, nè per via di *restitutio in integrum;* ma in questo senso adoperata quella tesi è impropria. Assunta l'ignoranza della legge come un semplice fatto, pare a me che il non volerla supporre quando un atto umano non si può altrimenti interpretare, sia far violenza al fatto, e porre arbitrari limiti all'interpretazione del fatto. Ora io ripeto che, a meno di sup-

Digitized by Google

porre il testatore demente, e fare pericolare il testamento per questo titolo, non si può ammettere che egli abbia voluto fare una sostituzione fedecommissaria, sapendo che la legge l' ha per non scritta. Devesi invece ritenere che il testatore si è precisamente per ignoranza di diritto proposto ciò che la legge non permette che sia, onde vi ha davvero conflitto fra il testamento e la legge, ma conflitto non supposto e non voluto dal testatore. Come si risolve questo conflitto?

Certamente esso deve risolversi col far prevalere la legge alla volontà del testatore, ma siccome questa volontà non è punto problematica e discutibile, perchè è tal quale il testatore l'ha enunciata espressamente, senza curarsi della diversa e ignorata volontà del legislatore, ne consegue che la seconda, prevalendo alla prima, deve lasciare sussistere e accadere di questa ciò che in pari tempo è essenziale per questa, e compatibile con quella. Ora che cosa ha in sostanza voluto il testatore coll'ordinare l'istituzione e la sostituzione?

Egli ha in sostanza voluto che ambedue gli onorati avessero il possesso e il godimento dell'intiera eredità. Come nel medesimo tempo due persone non possono possedere in solido la medesima cosa, il testatore, che aveva quella mira, non poteva raggiungerla altrimenti che chiamando all'eredità successivamente le due persone, cioè prima l'una e poi l'altra. È questa per me, e non altra, la genesi e il significato della sostituzione fedecommissaria nel pensiero del testatore.

Da questa premessa egli è facile desumere le logiche conseguenze. L'opposizione fra il testamento e la legge si riduce manifestamente a questi termini: il testatore vuole che due persone abbiano l'intiero possesso dell'eredità, e la legge esige invece che l'abbia una persona sola. La soluzione del conflitto fra la volontà del testatore, e quella della legge non può consistere in altro nè in più, che nel dare l'eredità a quella qualunque di quelle due persone, che alla morte del testatore si troverà *prima* in grado di raccoglierla. *Quella qualunque*,

Digitized by Google

poichè il volere della legge è soltanto che l'eredità passi al successore immediato del testatore, e il volere del testatore è lo stesso per le due persone da lui chiamate successivamente, e benchè successivamente, cioè che ognuna di esse abbia l'intiera eredità. Questa volontà viene bensì dimezzata dalla legge quando, per la sopravvivenza dell'istituito e del sostituito al testatore, essa trovasi in conflitto col testamento, ma nella metà, in cui essa è rispettata in questo caso dalla legge, la volontà del testatore non è affatto snaturata, perchè il testatore ha voluto la stessa cosa per l'istituito e per il sostituito, e, come ho già detto, non ebbe a ordinare la sostituzione se non appunto per fare avere a due persone lo stesso benefizio, cioè il possesso e il godimento intiero dell'eredità.

Or se ciò è vero quando il conflitto si verifica fra il testamento e la legge per la sopravvivenza dei due chiamati al testatore, egli è facile comprendere ciò che si debba dire allorquando quel conflitto non si verifica, per causa della premorienza dell'istituito al testatore, o di rinunzia dell'istituito sopravvissuto.

Poichè nella volontà del testatore, come ho detto e ripetuto sopra, l'essenziale non è tanto che il lascito sia posseduto dal primo onorato, *perchè* dopo di questo lo avrà il secondo, e che sia posseduto dal secondo onorato, *perchè* prima lo ebbe il primo, quanto piuttosto che l'intiero lascito sia dalle due persone posseduto e goduto per intiero, ne consegue che, ove la successione della prima sia diventata impossibile o per premorienza o per rinunzia, debba farsi luogo alla successione della seconda affinchè la volontà del testatore sia intesa e rispettata secondo il suo vero significato, in quella parte in cui ciò rimane possibile, perchè questa parte il testatore l'ha voluta al pari dell'altra che è mancata, e perchè è anche più proprio il dire che il testatore ebbe due volontà eguali per ciascuno dei due chiamati, di quello che attribuirgli una volontà sola, dimezzata o dalla legge in caso di conflitto fra que-

Digitized by Google

sta e il testamento, o da fatti indipendenti dal testatore e dalla legge, in caso di premorienza o di rinuncia dell'istituto.

Io direi anzi che, se due volontà si possono ravvisare nella istituzione del fedecommesso, la seconda, quella concernente il sostituito, è quasi a reputarsi stesse più a cuore al testatore della prima, concernente l'istituito, attesochè nel sostituito deve il lascito riposare e rimanere oggetto di libera disposizione. Ad ogni modo io affermo senza esitazione che, se non è uno snaturare l'intenzione del testatore, il dare, come fa la legge, la eredità al primo istituito, disconoscendo la sostituzione, neppure lo è il dare la eredità al sostituito, non tenendo conto della mancata successione dell'istituito, ove questi sia premorto od abbia rinunziato. Ed anche aggiungo che, supponendo la prima cosa manifestamente la possibilità di considerare ciascheduna a parte, e come di per sè stante, la istituzione e la sostituzione, ragion vuole che, poichè l'istituzione soltanto è rispettata dalla legge, quando sarebbe possibile anche la sostituzione, debbasi rispettare la sostituzione, quando questa è rimasta sola possibile. Ragion vuole, confortata validamente dalla stessa opinione, manifestata dal legislatore circa la possibilità di considerare ambedue le istituzioni come aventi ragion d'essere ciascuna per sè, cioè come ambedue *principali* nella mente del testatore. — Ed egli è chiaro altresì che tutto l'anzidetto vale tanto nel caso che il testatore abbia conosciuto la premorienza dell'istituito, quanto nel caso contrario. Che anzi, nel primo caso devesi ritenere che il testatore abbia lasciato sussistere il testamento appunto perchè chiarissimo a lui pel primo appariva ciò che ho detto sopra essere stato suo intendimento quando testò, cioè che la seconda sua disposizione, rimasta sola possibile ad effettuarsi, dovesse anche solo effettuarsi, perchè non alligata alla condizione che fosse già stata effettuata la prima. Nè dovrebbe qui venire in mente ad alcuno di obbiettare la l. 29 *D. de leg.* II: *quod alicuius fidei committitur potest videri ita de-*

Digitized by Google

mum dari voluisse, si ille extitisset heres, imperocchè questa legge si attaglia soltanto al fedecommesso romano dell'epoca classica, per il quale il fedecommissario non era erede.

Vengo ora agli argomenti di *autorità*.

Procedendo in ordine storico inverso, la prima autorità che io invoco è quella della giurisprudenza francese, quasi tutta favorevole alla tesi della cassazione romana. Sono cioè quasi tutti concordi anche i giureconsulti francesi nel ritenere che il testatore, il quale ha ordinato una sostituzione fedecommissaria, ha inteso che, facendo difetto la successione dell'istituito, sia per premorienza, sia per rinuncia di questo, debba raccogliere l'eredità il sostituito. Si sono dette molte cose onde scemare il peso di questa autorità, ma erronee a mio credere. Si è detto che i francesi hanno subìto l'influenza del loro antico diritto consuetudinario, anzichè la tradizione dell'ordinanza del 1727, che seguiva la contraria opinione, e anche si è detto che essi hanno voluto attenuare il rigore del *code civil*, il quale, come è noto, non soltanto annulla la sostituzione fedecommissaria, ma anche la istituzione precedente. Al che io rispondo essere gratuita la prima asserzione, e sofistica la seconda. La prima cosa non ha bisogno di dimostrazione, e la seconda è molto facile a dimostrarsi. Imperocchè, se si comprende come in un medesimo caso il giudice si adoperi a interpretare in modo favorevole la legge sotto un certo rispetto, onde compensare l'interpretazione meno favorevole, ma inevitabile, sotto un altro rispetto, non si comprende invece affatto come la interpretazione più favorevole in un caso dato possa compensare quella più rigorosa in un caso affatto diverso, come cioè lo ammettere la sostituzione volgare, quando sia venuta meno la istituzione fedecommissaria, possa essere un compenso della immolazione di entrambe, istituzione e sostituzione, quando la istituzione potrebbe aver luogo se la legge non vi si opponesse. Io sono invece dell'avviso del Coviello che, se i giureconsulti francesi ammettono la sostituzione

Digitized by Google

volgare, venuta meno la istituzione fedecommissaria, non ostante la tanto maggiore ostilità del diritto francese contro il fedecommesso, più facilmente possono avere quella opinione i giureconsulti italiani, il cui diritto positivo è tanto meno ostile del francese al fedecommesso.

Anteriormente al *Code civil* l'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, o la cosidetta sostituzione volgare anomala, era da gran tempo ammessa nella giurisprudenza del diritto comune, e certamente non per altro motivo, se non perchè si credeva basarla sulla retta interpretazione della volontà del testatore. Il De Luca la insegnò apertamente, come avvertono i tre scrittori italiani ultimi citati sopra, e non si spiega altrimenti, se non perchè era dottrina prevalente, l'avere pure statuito quel canone il codice civile austriaco (§ 608). E poscia, per lo stesso motivo, quella dottrina venne accolta dalle LL. CC. delle Due Sicilie (art. 936), e dal codice parmense (art. 674).

Anteriormente al De Luca la dottrina in questione, o meglio interpretazione della sostituzione fedecommissaria, si venne facendo strada nella giurisprudenza a misura che nella interpretazione del diritto romano si venne facendo strada la autorità della ragione al di là di quella del testo. In realtà la più razionale interpretazione del testo romano autorizzava non solo, ma consigliava di interpretare in quel modo la sostituzione fedecommissaria. E questo punto vuole anzitutto essere posto in chiaro.

È noto che nessun passo delle Pandette, nè del Codice, nè delle Novelle suffraga apertamente la tesi proclamata dalla cassazione romana. Ma ciò si spiega al riflettere che, come ho già notato e tutti sanno, nel gius delle Pandette il concetto della sostituzione fedecommissaria non era quello di due eredità successive, poichè il solo fiduciario era erede. Ma in un'altra sostituzione, in cui la duplicità di successioni consecutive è certa, nella sostituzione pupillare. è detto espressa-

Digitized by Google

mente nel testo che, venuta meno la prima istituzione, si fa luogo alla seconda. Dice la l. 4. D. *de vulg. et pup. subst.: jam hoc jure utimur, ex Divi Marci et Veri constitutionibus, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substitutio intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit.* Sul qual punto erasi prima discusso assai dai giuristi romani, come il Filomusi-Guelfi osserva (l. c., p. 80), citando Cicerone e Quintiliano. Ora per qual ragione, se non perchè paresse la più razionale interpretazione del testamento, prevalse fra i Romani la tesi che la sostituzione *alternativa* volgare fosse inclusa nella *successiva* pupillare? E ciò essendo, non era ella natural cosa lo estendere, coll'autorità del Diritto Romano, la stessa interpretazione anche alla sostituzione fedecommissaria, dopochè questa aveva assunto un carattere, che presso i Romani non aveva, quello cioè di duplice *successiva* istituzione d'erede? In nulla davvero differisce la figura giuridica della sostituzione pupillare da quella della sostituzione fedecommissaria; la prima non è che una specie della seconda, onde è positivo nella giurisprudenza nostra che la prima, benchè non menzionata affatto dal codice civile italiano, è non ostante a ritenersi compresa nel generale divieto che questo codice fa della seconda. Eppure ci volle non poco tempo prima che una tale interpretazione estensiva, perfettamente razionale, di ciò che il testo romano afferma in un dato caso, ad un altro caso, che esso non contempla, ma che è perfettamente analogo al primo, si permettessero i romanisti. E qui chiedo venia al mio illustre amico prof. Filomusi-Guelfi, di dirgli che io non trovo modo di spiegarmi come egli ammetta anche oggi la sostituzione volgare inclusa nella pupillare, mentre la nega nella fedecommissaria, della quale la prima non è che una specie.

In realtà il primo passo, che fece l'interpretazione del diritto Romano nella via di generalizzare l'interpretazione che quello aveva fatto della sostituzione pupillare, fu di ricono-

Digitized by Google

scere la sostituzione volgare implicita nella cosiddetta *compendiosa*, intendendosi per questa una sostituzione in cui il sostituito è chiamato pel caso di premorienza in generale dell'istituito, senza distinguere fra premorienza dopo essere diventato erede, o prima ancora della morte del testatore. Veramente l'intendere indifferentemente la sostituzione fedecommissaria e la volgare, quando il testatore non ha espresso chiaramente nè l'una nè l'altra, può parere più ardita cosa, che non il semplice supporre implicita la sostituzione volgare nella fedecommissaria espressa, sopratutto per ciò che riguarda la supposizione della volontà di ordinare un fedecommesso in chi nol dice; ma in tempi, nei quali la sostituzione fedecommissaria non reputavasi, come oggi, successione eccezionale, quella arditezza non era poi troppa. E in quest'ordine d'idee la detta interpretazione della volontà del testatore era certamente la più ragionevole. Tanto più devesi ciò dire per allora, al pensare che ancora oggi vi ha chi pensa che la sostituzione compendiosa dovrebbesi interpretare come fedecommisaria o come volgare, secondo le circostanze. Ciò pensa p. e. il Claps (l. c.), e ciò ebbe a dichiarare la cassazione di Roma 27 novembre 1877, mentre non fu di questo avviso la cassazione di Torino.

Cotale interpretazione della sostituzione compendiosa prevalse nella giurisprudenza, bensì non in tutti i casi. Ed è curioso ciò che racconta Filomusi-Guelfi (loc. cit. e *L'usufrutto successivo e la sostituzione fedecommissaria, Giurisprudenza italiana*, 1878, pag, iv) della distinzione fatta fra la sostituzione concepita nei termini: *si Titius heres institutus quandocunque decesserit sine liberis, substituo Sempronium,* e quella *si Titius heres sine liberis*, ecc., reputandosi da taluni inclusa la volgare nella fedecommissaria nella prima formula, e non nella seconda. È egli però vero, come osserva Filomusi-Guelfi, che questa ed altre distinzioni dimostrino che pei giureconsulti degli scorsi secoli la questione era di

Digitized by Google

volontà, cioè di interpretazione della volontà del testatore? Tal quistione, e non altra essa è davvero, ed è stata sempre, dai Romani in poi, ma alla domanda anzidetta darò risposta fra poco.

Dalla inclusione di entrambe le sostituzioni, volgare e fedecommissaria, nella compendiosa, alla inclusione della volgare nella fedecommissaria, sembra che il passo avrebbe dovuto essere facile. Ma in realtà non lo fu, e non lo poteva essere. Ciò perchè la dottrina della sostituzione compendiosa, se fu atto di indipendenza della giurispudenza moderna dal testo letterale romano, non fu però, come dissi pensare il Filomusi-Guelfi, libera interpetrazione della volontà del testatore. Fu interpretazione invece meramente *letterale* del testamento così cencepito: *quandocumque heres istitutus decesserit*, poichè manifestamente il *quandocunque*, nel suo letterale significato, abbraccia la morte dell'erede prima e dopo quella del testatore. È invece interpretazione *logica* del testamento, cioè della volontà del testatore, il desumere da parole che designano propriamente la sola sostituzione fedecommissaria, anche la volgare, quando quella venga meno per premorienza o rinunzia dell'istituito. E così, differendo d'indole affatto codesta interpretazione da quella che aveva condotto alla dottrina della sostituzione compendiosa, comprendesi facilmente come il passare da questa a quella non potesse essere facile cosa nè pronta.

E ancora più lo si comprende al pensare che la stessa dottrina della inclusione della sostituzione volgare nella pupillare, ad onta della l. 4, D. *de vulg. et pup. subsit.*, si fece strada bensì e prevalse, come dissi, nella giurisprudenza intermedia, cioè nei secondi Glossatori e nella giurisprudenza del gius comune, ma non senza che non pochi vi abbiano sempre resistito. E ciò si comprende riflettendo, oltre che alla timidità dei giureconsulti nell'aggiungere o togliere, con criterio proprio, qualcosa al testo romano, anche alla circostanza che que-

Digitized by Google

sto diritto non contiene esempi di sostituzione fedecommissaria trasformata in volgare, fuorchè nel testamento del soldato (l. 13. § 4, D. *De testam. mil.)*. Quantunque potrebbe, a dir vero, almeno oggi, parere che non si fosse dovuto tardare a ravvisare in questa trasformazione tutt'altro che una impossibilità giuridica assoluta, appunto perchè, sia pure in un esempio unico, lo stesso gius romano aveva dato a divedere di non riputarla propriamente tale.

Se ed in quanto a Bartolo si possa far risalire il primo e più remoto impulso alla dottrina in quistione, come già opinò il De Luca, e oggi sostiene il Claps (l. c.), io non voglio qui ricercare. Certo si è che da Bartolo al cardinal De Luca molto tempo è trascorso, e che non ce ne volle meno poichè la dottrina, oggi ripetuta dalla cassazione romana, si assidesse definitivamente nella persuasione dei giureconsulti. Come ho già notato sopra, e per comune consenso di quanti recentemente ne scrissero, dal De Luca in poi, quella dottrina non ebbe che pochi contradittori fino alle codificazioni civili nuove, e da parecchie di queste, e per avventura da due fra le principali, l'austriaca e la napoletana, fu accolta e confermata. E non solo la grande autorità del De Luca e di molti altri giureconsulti vi contribuì, ma altresì, e più ancora, quella della Rota Romana. Del quale risultato la vera causa non è stata, come ho già detto sopra, nè poteva essere altra se non la persuasione della ragionevolezza di interpretare in tal guisa il fatto in questione, cioè il testamento che ordina un fedecomesso. Adoperarono sempre, e ancora adoperano i fautori di tal dottrina anche a mettersi, per così dire, in regola, coi testi romani, locchè è, come notai, molto più facile per essi che pei loro avversari, ma il primo impulso a tentativi siffatti, a leggere cioè in quei testi più di quello che vi è scritto, non è altro in questo caso, come in tutti i casi consimili, se non quella stessa anteriore e spontanea e libera persuasione di ciò che devesi ritenere come più ragionevole, e cioè, nella

Digitized by Google

materia in quistione, di ciò che devesi ragionevolmente interpretare come intenzione del testatore.

Per quella stessa lentezza però con cui quel risultato si venne maturando e consolidando nella giurisprudenza moderna, anteriore ai nuovi codici civili, è tanto più autorevole la testimonianza della storia in suo favore. Chi oggi afferma che la retta interpretazione del testamento in cui è costituito un fedecommesso, conduce all' inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, può con tanto maggior sicurezza affermarlo, perchè può con fondamento asserire che tanto l'essere la quistione di mero fatto, quanto il doverlasi in quel modo risolvere, costituiscono una dottrina che, balenata dapprima alla mente dei giureconsulti romani, si è venuta poi consolidando nella giurisprudenza insieme alla stessa autorità della ragione nello svolgimento del diritto moderno.

L'autorità della ragione però è il vero e principale sostegno della tesi della cassazione romana, e non già quella dei passati e presenti, che la ragione, la *ratio juris*, interpretarono.

Ed è veramente, come già dissi, *ratio juris* quella che della tesi in discorso vien data, ritraendola dalla razionale interpretazione del testamento, cioè dalla volontà del testatore. Imperocchè principio giuridico generalissimo è al certo che i testamenti si devono razionalmente interpretare, e sono altrettanti principii giuridici le stesse interpretazioni costanti che la ragione vuole si diano a certe maniere di testare, o concrete disposizioni testamentarie, fra le quali interpretazioni è appunto quella dell'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, che dunque è, come già dissi, dapprincipio, *principio giuridico* essa pure.

E se principio giuridico è questo, egli è anche ad escludersi, per cosi dire *a priori*, che altri principii giuridici vi si possano opporre. Cionondimeno stimo opportuno convalidare quest'ultima affermazione, esaminando le obbiezioni che in no-

Digitized by Google

me appunto di canoni giuridici si fanno alla tesi della cassazione romana. Il rispetto dovuto a coloro che le muovono basta di per sè solo a giustificare tal proposito, anzi ad impormelo.

Non è propriamente un argomento giuridico, ma piuttosto un argomento *legale*, quello che si adduce dagli avversari della tesi in discorso, adducendo la genesi dell' art. 900 del codice civile italiano.

È noto che l'art. 880 del codice albertino alle parole *sostituzioni di primo grado*, che si trovano anche nell'art. 900 del codice civile italiano, e colle quali questo articolo finisce, aggiunge: « *compresa la volgare, la quale in questo caso non si avrà per sottintesa nella fedecommissaria* ». Questa aggiunta venne ripetuta nel progetto Cassinis del codice civile italiano del 1860, ma venne poi surrogata con una dichiarazione contraria dalla commissione ministeriale del 1861, seguendo, pare al Claps (l. c.), un suggerimento della corte d'appello di Milano; le parole sostituite furono: *la quale (sost. volg.) in tale caso si avrà per sottintesa nella fedecommissaria.* Successivamente il progetto Miglietti del 1862 eliminò la clausola finale della commissione ministeriale, ma neppure ripristinò quella opposta del progetto Cassinis e del codice albertino, e finì l'articolo colle parole *sostituzioni anche di primo grado*, le quali rimasero a chiudere l'art. 900 del progetto definitivo, che diventò il codice civile italiano del 1865. Ora da questa genesi dell'art. 900, e propriamente dalla clausola finale di questo articolo, parecchi inferiscono che il legislatore italiano diede a divedere di non intendere che, annullata la sostituzione fedecommissaria, il sostituito possa continuare a riputarsi tale volgarmente. Ma io rispondo che questa argomentazione è affatto inconcludente, sia per l'indole sua, sia per il suo intrinseco valore.

In tesi generale non può non attribuirsi molto valore ai motivi o alla genesi di una legge, nell' interpretarla, ma non

Digitized by Google

mai valore decisivo, soltanto valore amminicolare, che si aggiunge a quello degli argomenti desunti dalla lettera della legge razionalmente interpretata, ma non può nè tenerne luogo nè vincerlo. Nel caso in quistione poi non mi pare affatto neppure che la genesi dell'art. 900 suffraghi menomamente l'interpretazione contraria alla sostituzione volgare anomala. Imperocchè togliere la frase, non voler più dire ciò che si legge al fine dell'articolo della commissione ministeriale, non significa di per sè solo richiamare la dizione del progetto Cassinis; sarebbe questo un *tacito* richiamo di ciò che il progetto Cassinis diceva espressamente, ma non è ragionevole supporre che ciò che prima il legislatore disse *espressamente* per farlo intendere, poi egli abbia creduto di far intendere abbastanza, senza esprimersi. Tanto meno ciò si può supporre, al riflettere che nello stesso art. 880 del codice albertino le parole surriferite furono aggiunte al progetto che non le conteneva, appunto perchè il Senato di Piemonte le consigliò, avvertendo che altrimenti non le si sarebbero potute sottintendere. E anche questo precedente fa parte della genesi dell' art. 900, codice civile italiano. Onde io concludo che, prendendo in considerazione codesta genesi fin dal vero suo principio, tutto ciò che, in ordine alla questione in discorso, può ragionevolmente desumersene, si è che coll'avere dall'art. 900, cod. civile italiano, eliminato la frase ultima del corrispondente articolo formulato e proposto dalla commissione ministeriale, il legislatore italiano ha rimesso la questione dell'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, nei termini stessi in cui essa trovavasi prima della definitiva redazione del codice albertino, cioè quando nel progetto di questo codice stava scritto un articolo 186 identico all' attuale articolo 900 italiano. Nei quali termini posta, la questione rimaneva aperta, a giudizio dello stesso Senato di Piemonte, cioè rimaneva quistione scientifica da risolversi liberamente dalla giurisprudenza. E tale essa è adunque per quel motivo anche al presente.

Digitized by Google

Venendo ora ai veri e proprii obbietti giuridici contro la tesi della cassazione romana, io ne trovo tre negli scritti degli avversari di questa tesi. E sono: I) la inseparabilità della successione del sostituito dalla precedenza di quella dell'istituito; II) l'inconciliabilità di una qualunque efficacia che si voglia dare alla sostituzione, colla *nullità* di questa, pronunciata dalla legge; III) il canone *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.* Sono tre obbietti codesti che io credo potersi facilmente superare e togliere di mezzo.

ad I) La necessaria precedenza della successione dell'istituito a quella del sostituito può essere e viene rappresentata in due modi: come presunta volontà del testatore, e come canone giuridico intorno alla natura del fedecommesso. Dal primo punto di vista io ho già risposto sopra agli avversari della tesi che vado propugnando, la vera intenzione del testatore nel fedecommesso non essere tanto la successione dei due chiamati nel godimento della eredità quanto questo pieno godimento in entrambi, il quale non si può appunto ottenere, se non chiamando all'eredità successivamente l'istituito e il sostituito, sicchè questa successione di persone non è che un mezzo al detto fine voluto dal testatore. Dal secondo punto di vista io osservo, che le discussioni dei giuristi intorno alla indole del rapporto intercedente fra la sostituzione e la istituzione, cioè intorno alla *costruzione giuridica* della sostituzione fedecommissaria, hanno importanza secondaria di fronte a quelle intorno alla intenzione del testatore circa l'efficacia della sua disposizione. Si discute infatti se le due istituzioni, prima e seconda, siano entrambe principali, o no, se il sostituito succeda all'istituito o al testatore, se la istituzione sia una condizione della sostituzione, o se siano entrambe istituzioni a termine, *ad quem*, *a quo*, o se nella sostituzione concorrano la condizione e il termine. E il Filomusi-Guelfi (l. c.) riassume dottamente lo stato attuale della scienza su tale proposito. Ma tutte queste quistioni e discussioni, mentre in ultima

Digitized by Google

analisi hanno per oggetto anch'esse la volontà del testatore, non toccano però la sostanza di questa, che ne rimane impregiudicata, ed è sempre la stessa, qualunque sia il risultato di quelle. Mi spiego. È un interpretare la volontà del testatore anche il ricercare se, ordinando la sostituzione, egli abbia inteso o no di attribuire al sostituito un diritto condizionato fin dalla morte sua, ma, qualunque sia la conclusione, a cui si venga, affermativa o negativa, egli è e rimane sempre vero che ciò che sostanzialmente il testatore ha voluto, ciò di cui egli si è reso chiaro conto, ed ha pur chiaramente dato a divedere di volere nel suo testamento, è il godimento di tutta la sua eredità per parte dei due chiamati alla medesima. Della quale sostanziale volontà del testatore è poi ancor sostanza, come dissi fin da principio, che ciascuno di quei due abbia tutta l'eredità indipendentemente dall'altro, onde viene che, non potendola o non volendola avere il primo indipendentemente affatto dalla volontà del testatore, debba averla il secondo affinchè quella volontà riceva tutta la suo possibile esecuzione. E questa conclusione è giustificata e sicura, checchè si pensi intorno a quegli altri minori elementi della volontà del testatore, che questi per il primo non ha chiarito a se medesimo, e che danno occasione e materia alle discussioni giuridiche suaccennate.

ad II) È impossibile, si dice, dare nessun effetto alla sostituzione, che la legge vieta ed annulla (art. 899-900).

E un' obbiezione codesta, che mi pare la più fiacca di tutte. La legge vieta e annulla la sostituzione, quando questa si trovi, per così dire, in presenza dell'istituzione, cioè quando alla morte del testatore esistano l'istituito e il sostituito. Ma quando ciò non si verifica, perchè l' istituito è premorto al testatore, oppure, quantunque sopravvissuto, si ha per non mai esistito, in seguito a rinunzia, quel divieto e quello annullamento, comminati dalla legge, non possono avere più luogo, per il noto canone: *cessante legis ratione, cessat et juris di-*

Digitized by Google

spositio. E vi ha di più; verificandosi l'una o l'altra di quelle due eventualità, non è più luogo neppure a parlare di sostituzione. Rimane soltanto una disposizione testamentaria a favore di colui che il testatore avrebbe voluto sostituire, ma che non può più esserlo, e quella disposizione, a cui non è possibile applicare la legge degli art. 899-900, rimane una semplice dichiarazione di volontà testamentaria, alla quale si deve dare o negare valore secondo il modo in cui la si interpreti nel caso in cui l'istituzione sia mancata. A questa interpretazione i citati articoli non possono fare ostacolo, per la ragione che non si possono applicare al caso che dà occasione alla interpretazione medesima.

ad III) Veramente questo obbietto non concerne che i casi di sostituzione fedecommessaria, proibita del pari dalla legge sotto il cui impero il testamento venne fatto, e da quella sotto il cui impero la successione testamentaria si è aperta. E quantunque oggi non siano ormai più possibili che casi di questo genere, non cessa perciò d'esser l'obbietto in discorso, per natura sua, del tutto contingente. Che se l'obbietto ha poco valore per tale estrinseco motivo, sembrami poi che non abbia neppure intrinseco valore. È in sostanza una risposta ad un argomento adoperato dallo ingegnoso L. Coviello, il quale aveva detto, a favore della tesi generale della cassazione romana, che: « se il mutamento di legge al tempo della morte del testatore ha efficacia per ciò che riguarda il contenuto del testamento, è necessario conchiudere che eguale efficacia debba avere il cambiamento delle circostanze di fatto regolate dalla legge rimasta immutata » (l. c., col. 790-791). E tale mutamento egli considera la sparizione del primo istituito quando si apre il testamento, che ha ordinato il fedecommesso. Al che altri risposero, e segnatamente il Claps (l. c.), argomentando dalla regola catoniana: *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (l. 1 p., D. *de reg. cat.*). A mio

Digitized by Google

avviso il Coviello ha male invocato il canone della *convalescenza* materiale dei negozi giuridici nel caso che aveva di mira, e il Claps ed altri dal canto loro poco assegnamento possono fare contro il Coviello sulla regola catoniana. Questa regola infatti contempla le *inutili* disposizioni testamentarie, ma tanto l'*inutile legatum*, come anche l'*inutilis stipulatio*, non sono affatto disposizioni *nulle* giuridicamente, ma bensì disposizioni, che per motivi di fatto mancano di oggetto, e perciò inutili si dicono (v. l. 84, § 5, D. *de leg.*, I, l. 82 pr., D. *de leg.*, II, l. 11, D. *de liber leg.*, l. 65, D. *ad leg. falc.*, l. 79, § 3, D. *de cond.*, l. 34, § 2, D. *de fid. libert.*, l. 6, D. *de bon. poss. sec. tab.*, l. 25, § 6, D. *de hered. pet.*, l. 97, D. *de adquir. vel om. her.*; l. 1, § 3, D. *de tab. exhib.*). Or se questa regola valga nel diritto odierno, come valeva in diritto romano, è discutibile assai, o se invece nel diritto odierno non sia regola la convalescenza materiale del testamento per mutate condizioni di fatto, generalizzando la presunzione del *collatum in tempore mortis*, da cui lo stesso Claps osserva, citando l'Averanio, che il diritto romano desumeva non poche eccezioni alla regola catoniana. Checchè però si pensi in proposito, certo egli è che nei casi avuti di mira dal Coviello non si può immaginare una convalescenza della disposizione testamentaria che ordina un fedecommesso, argomentando da mutate circostanze di fatto alla morte del testatore. Imperocchè l'ammettere che, sparendo alla morte del testatore l'istituito, o per premorienza o per rinunzia, il sostituito fedecommissariamente diventi sostituito volgarmente, non è già tener ferma la disposizione originaria, per mutate circostanze di fatto, ma trasformarla; non è un convalidarla tal quale è stata fatta, ma semplicemente un darle efficacia parziale, poichè non si può più dargliela totale. E questa tesi non si può sostenere se non in nome della interpretata volontà del testatore, come del resto anche la tesi della convalescenza materiale dei testamenti per mu-

Digitized by Google

tate circostanze di fatto alla morte del testatore, nei casi in cui essa è ammissibile.

E così, la tesi della cassazione romana pare a me fondata e sicura appieno, sia che nella scienza la si consideri, sia che nella storia e nella tradizione giuridica, dai Romani in poi, purchè si ravvisi in essa ciò che la cassazione romana vi ha ravvisato, e che io credo aver dimostrato dovervisi ravvisare, cioè non altro che una tesi di retta interpretazione della volontà del testatore, che ordina una sostituzione fedecommissaria.

Digitized by Google

Purificazione delle condizioni apposte alla vocazione fedecommissaria nei fedecomessi aboliti.

Molto si è discusso nella giurisprudenza italiana intorno al valore delle condizioni apposte alla vocazione del primo chiamato, cui la legge abolitiva dei fedecommessi attribuisce metà dei beni fedecommissari. Dirò io pure il mio avviso in proposito

Anzitutto parmi fuor di dubbio, che della virtù purificativa della abolizione dei fedecommessi, rispetto alle condizioni della vocazione a succedere, non si possa discorrere affatto rispetto ad un fedecommesso non ancora incominciato, del quale cioè si stia aspettando, per un motivo qualunque, il primo possessore. Tale era appunto il caso del fedecommesso Valentini nel giorno 1° luglio 1871, e tale fu appunto la tesi proclamata nella relativa causa dalla Cassazione di Firenze 28 aprile 1874 (*Giur. It.* 1875, 10, 338). Dissi indubitata quella tesi, imperocchè prima di tutto la legge abolitiva dei fedecommessi suppone un *possessore* attuale dei beni fidecommissari, od almeno l'esistenza di una persona che avrebbe diritto di rivendicarli; e poi sarebbe contro lo spirito della legge medesima il renderla stromento della istituzione che vuole abolire, facendole riconoscere, o meglio attribuire diritti su quei beni a persone, delle quali nessuna li poteva desumere dalla stessa legge del fedecommesso. Dico: *delle quali nessuna*, perchè egli è bensì vero che la legge abolitiva attribuisce metà di quei beni al *primo* o *ai primi chiamati* dopo il possessore, e che tali persone, secondo il comune insegnamento, non hanno un diritto quesito al fedecommesso, ma soltanto una mera aspettativa, ma appunto codeste persone non vengono contemplate dalla legge

Digitized by Google

se non accanto ad altre che hanno un diritto quesito alla successione fedecommissaria.

La risoluzione dei fedecommessi non ancora incominciati, in virtù della legge che abolisce i fedecommessi, fu sempre ritenuta nella giurisprudenza. Formulata espressamente nella legge francese del 1796, essa era stata introdotta anche nel progetto di legge transitoria italiana dal Mancini, la cui proposta non venne accettata dalla maggioranza, non già come discutibile, ma come superflua. Essa suonava così: *se il fedecommesso non sia ancora aperto, o non esista il primo possessore attuale designato a stipite.... la sostituzione s'intende risoluta.*

Di una duplice applicazione è suscettiva la tesi generale che di purificazione di condizioni del diritto di succedere al fedecommesso non si può ragionare a profitto di nessuno, se nel giorno della abolizione il fedecommesso non era posseduto, o se non vi era persona che avesse il diritto attuale di rivendicarlo.

A) Se il possessore attuale manca nel giorno della abolizione, è vacante cioè il fedecommesso perchè si sta aspettando la comparsa di un primo o di un ulteriore possessore, la purificazione della condizione non si potrebbe immaginare che a vantaggio di una persona o di persone esistenti di una linea che sarebbe chiamata dopo quella cui appartiene il possessore aspettato. Essa devesi escludere per tali persone tanto nell'un caso quanto nell'altro. Rispetto al primo caso la tesi è convalidata dalla sentenza della Cassazione di Firenze 28 aprile 1874. Rispetto al secondo caso, cioè di un possessore ulteriore aspettato, e non ancora esistente, non trovo casi decisi nella giurisprudenza nostra, ma può rammentarsi una decisione della Rota Romana nella causa *romana immissionis sive consignationis, 20 martii 1835, coram Ruspoli,* nella quale si trattava della pretesa di un successore eventuale ad una secondo genitura che era sospesa, e i cui beni trovavansi sotto

Digitized by Google

amministrazione, quando venne attuata a Roma la legge francese abolitiva dei fedecommessi del 1809. La pretesa venne respinta principalmente pel riflesso che: *substitutio quae nondum competit extra bona nostra est.* E il Romagnosi, commentando la legge 6 termidoro anno V, abolitiva dei fidecommessi nella Repubblica Cisalpina, diceva del pari: « *finchè esiste la speranza o possibilità delle persone da nascere preferite, esse sono le vere persone chiamate, non i loro sostituiti* (*Consult. scelte*, vol. I, t. 32) ».

B) Se il chiamato al possesso del fedecommesso vacante esiste nel giorno dell'attuazione della legge abolitiva, ma il suo diritto non è ancora concreto, perchè pende una condizione cui è alligato, egli è pure fuor di dubbio che anche in questo caso non vi ha luogo a discorrere di purificazione di condizioni per effetto di quella legge a vantaggio di nessuno. Invero ella non sarebbe concepibile a vantaggio di persona esistente, diversa dal futuro possessore il cui diritto è condizionato, e alla quale persona il fedecommesso dovrebbe ricadere mancando quel possessore; perchè la legge non contempla, un *primo chiamato* se non dopo il possessore, ma nel caso supposto il possessore aspettato è egli stesso il primo chiamato finchè pende la condizione. Il possessore aspettato poi, o meglio dire il vero e solo primo chiamato sotto condizione, non può pretendere che la condizione gli venga condonata, appunto perchè non è un vero e proprio possessore, e questi solo può pretendere in virtù della legge abolitiva la metà dei beni fedecommessari, lasciando l'altra metà ad un ulteriore chiamato, che per avventura esista diverso da lui.

Che soltanto il possessore del fedecommesso, o l'avente diritto perfetto e attuale al medesimo, e non eziandio chi abbia soltanto un diritto condizionato al possesso dei beni fedecommissari, possa pretendere ai diritti attribuiti dalla legge abolitiva al possessore del fedecommesso, non è stato mai dubitato dalla giurisprudenza. Non fu mai dubitato nè in Francia nè in Italia

Digitized by Google

di fronte alle leggi francesi abolitive dei fidecommessi, le quali, come è noto, non attribuivano diritti ai *primi chiamati* oltre il possessore, e questo designavano colle parole: *chi sarà in possesso dei beni, o avrà diritto di reclamarli* (Legge francese pubblicata a Roma nel 1809). Fra le altre decisioni di Tribunali si può rammentare quella della Rota Romana 8 n. 55 *coram Cerro*, dove si legge *Johannes Maria non est simpliciter institutus sed substitutus sub conditione, si filiae sine filiis decedent, qua conditione pendente vere nulla adest vocatio, sed solummodo spes incerta, et vocatio quaedam in abstracto, seu potentia succedendi.* E il Romagnosi, commentando la legge 6 termidoro della Repubblica Cisalpina, che abolì i fedecommessi, diceva: « il chiamato con semplice aspettativa con condizione non purificata, è escluso dal possesso in forza della istituzione medesima. Egli non può succedere in via di sostituzione in virtù di una legge che tronca il corso delle sostituzioni non consumate « (V. *Collezione delle opere di Romagnosi, Memoria sulla detta legge).*

Ciò che era certo di fronte alle leggi francesi, non lo può essere meno di fronte alla italiana, la quale, accennando il possessore del fedecommesso, non poteva certamente intendere che il vero possessore, oppure chi avesse il diritto di reclamare il possesso, come ho già notato fin dal principio. Già la Corte d'appello di Brescia nella causa Beinda e Petrola Mina dichiarava con sentenza 11 novembre 1869 non potersi applicare la legge transitoria del 1866, in quanto concerne i fedecommessi, ad una sostituzione « che finora non sussiste per non essersi avverata la condizione che sola può crearla e porla in essere ». Ora la sentenza della Cassazione di Firenze 28 aprile 1874, in quanto ha respinto il ricorso di Raffaele Alibrandi, è venuta a proclamare nuovamente la stessa dottrina, che già era stata nella medesima causa abbracciata dalla prima e dalla seconda istanza.

Egli è poi anche a ritenersi che di fronte al vero e pro-

Digitized by Google

prio significato della parola *possessore* nella legge abolitiva del fedecommesso, non vi ha distinzione a farsi fra condizioni casuali, e potestative o miste. Di qualunque natura sia la condizione, il diritto di chi sta aspettando che la condizione si compia, o differisce l'adempimento della condizione per diventare possessore del fedecommesso, è un diritto che non può dirsi *quesito.* Possessore del fedecommesso, nel senso e agli effetti della legge egli non può esser detto in nessun caso di tal genere; il che è quanto dire che, invece di purificarsi la condizione, essa è un ostacolo all' acquisto di quei diritti, che la legge abolitiva dei fedecommessi attribuisce a chi è possessore nel giorno della sua attuazione.

Consegue dal fin qui detto che di fronte alla legge abolitiva dei fedecommessi, di purificazione delle condizioni alla vocazione del successore fidecommissario si può ragionare soltanto rispetto a chi sarebbe *primo chiamato* dopo il vero e proprio possssore attuale del fedecommesso.

Or si domanda se quelli che la legge intende *primo* o *primi chiamati,* coesistenti col possessore del fedecommesso, ed ai quali essa attribuisce metà della proprietà nuda dei beni fedecommissari, debbano essere discendenti immediati del possessore, o possano essere anche successori meramente eventuali, assistiti da una aspettativa condizionata, e in quest'ultimo caso, di qual indole possano essere queste condizioni.

È questione agitatissima e variamente risoluta.

Per venire ad una opinione fondata sembrami opportuno premettere due riflessi.

Il primo si è che male a proposito si invocarono da parecchi, per risolvere tale questione, opinioni di giureconsulti e sentenze di tribunali, emanate vigendo le leggi francesi abolitive dei fedecommessi, od altre consimili, nelle quali il solo possessore attuale del fedecommesso è contemplato, e non lo sono invece affatto i primi chiamati dopo di quello. Di fronte a leggi siffatte le questioni del riguardo dovuto a vocazioni

Digitized by Google

condizionate non poteva neppur sorgere, perchè non la si sarebbe potuta sollevare che rispetto a quello che esse leggi chiamano possessore, o avente diritto a reclamare il fedecommesso, quale non può essere evidentemente un chiamato, la cui vocazione sia alligata ad una condizione pendente nel giorno della abolizione. Che se la questione non ostante venne fatta più d'una volta, e altrettante volte risoluta negativamente, egli è affatto fuor di proposito il dedurne nulla contro il diritto di chi è detto *primo chiamato* in una legge, che il primo chiamato distingue dal vero e proprio possessore, e lo contempla insieme a questo.

In secondo luogo vuolsi riflettere che di fronte ad una legge la quale, come l'italiana, distingua il *primo chiamato* al fedecommesso dopo il possessore, dal possessore, egli è impossibile escludere affatto la purificazione delle condizioni della successione del *primo chiamato*, senza andar contro alla stessa espressa intenzione del legislatore. Imperocchè quel *primo chiamato*, fosse anche l'immediato discendente del possessore attuale, è sempre una persona il cui diritto di successione fedecommissaria è condizionato per lo meno alla premorienza del possessore. Di guisa che la questione suaccennata non può essere ravvisata come questione, se si possa o non escludere in modo assoluto la purificazione delle condizioni della vocazione al fedecommesso per virtù della legge di abolizione, ma piuttosto è questione di vedere se tale purificazione, già ammessa dalla legge medesima, in modo implicito, rispetto alla condizione di premorienza del possessore, si possa estendere a tutte quante le condizioni, o per quali debbasi accettare, per quali no.

Ciò posto, io non esito a dichiarare che a mio avviso qualunque distinzione che si voglia fare tra la condizionalità del diritto del *primo chiamato* per la semplice premorienza del possessore attuale, e la condizionalità dipendente da altri avvenimenti di qualunque indole, e in qualunque modo complessi,

Digitized by Google

è distinzione vana ed incivile. E come la purificazione di quella semplice condizione di premorienza è ammessa chiaramente dallo stesso legislatore, così la purificazione di qualunque altra condizione devesi pure ammettere per obbedire allo spirito della legge. Per me non c'è via di mezzo: o non si bada affatto ai primi chiamati dopo il possessore attuale, oppure bisogna avere riguardo a chiunque sia in qualunque modo primo chiamato eventualmente al fedecommesso. Aver più riguardo a chi sia primo chiamato sotto la semplice condizione della premorienza del possessore attuale, che a chi lo sia sotto una condizione più remota, o più complessa, parmi un discorso non conforme alla logica, e che soltanto si possa fare quando la legge stessa lo imponga. E veramente ci fu qualche legge di questo genere, tale p. es. la legge promulgata nell'Umbria il 21 ottobre 1860, la quale testualmente contempla come primi chiamati soltanto « le persone nate o « concepite al momento della pubblicazione del decreto, la « cui vocazione sarebbesi in forza della istituzione attuata « senz' altro evento e condizione », tranne s' intende la condizione della premorienza del possessore. In una legge invece, la quale, al pari dell' italiana del 1865, parla di *primi chiamati* in generale, senz' altro aggiungere, siffatta distinzione, appunto perchè non conforme alla logica, non può essere introdotta. Mi spiego.

Il calcolo delle probabilità non può entrare nello stabilimento dei principii giuridici, i quali affermano o escludono secondo i soli dettami della logica convenienza. Aver riguardo alla vocazione del *primo chiamato,* se questa è soltanto condizionata alla premorienza del possessore, e non avervi riguardo se è condizionata invece alla estinzione di una linea, o all'adempimento di una condizione qualunque, concernente la persona del chiamato, non può avere altro significato se non reputarsi più vicina, cioè assistita da un maggior grado di probabilità la vocazione nel primo caso che negli altri. Ma si può

Digitized by Google

egli affermare sul serio una tale differenza? No certamente, perchè sono tante e così variabili in concreto le circostanze concomitanti i singoli casi, che siffatto giudizio in astratto non avrebbe valore nessuno. Per tenere calcolo di quelle varie probabilità, bisognerebbe rinunciare a porre nessun principio generale, e lasciare che il giudice valutasse di caso in caso quelle vocazioni la cui probabilità raggiungesse un certo grado. Ma quale, e da formularsi in quali termini? Tanto sarebbe dare in balìa dell'arbitrio ogni aspettativa di *primo chiamato* che non fosse l'immediato successore del possessore, nel senso della suaccennata legge dell'Umbria del 1860. Or dunque se un legislatore ha detto in generale che, oltre al possessore del fedecommesso, si accorderanno certi diritti anche al *primo* o ai *primi chiamati*, senza qualificare ulteriormente queste persone, non è egli logico, anzi la sola interpretazione logica possibile, il ritenere che con tali termini egli abbia inteso di escludere anticipatamente qualunque distinzione fra chiamati sotto la semplice condizione della premorienza del possessore, e chiamati sotto qualunque altra condizione, e che questa medesima parificazione e purificazione di tutte quante le condizioni sia il solo principio generale che egli abbia voluto stabilire intorno al valore morale e giuridico delle vocazioni condizionate al fedecommesso posteriormente al possessore attuale?

Mi si obbietterà che quando venne statuita la locuzione precisa della legge di abolizione, che doveva essere introdotta nella provincia romana nel 1871, il legislatore italiano si astenne ancora dal pronunciarsi nell' anzidetto senso il che avrebbe fatto, se tale fosse stata veramente l'opinione sua. Ma io rispondo che questo procedere dal legislatore italiano provenne da tutto altro che da indecisione circa la soluzione da preferirsi. Il Ministro Guardasigilli esprimeva anzi un'idea perfettamente esatta in quella occasione, affermandosi propenso a ritornare alla dottrina francese, che non contempla affatto i *primi chiamati* oltre il possessore attuale, piutto-

Digitized by Google

sto che accettare la distinzione introdotta nella più volte citata legge umbrica del 1860, che alcuni deputati gli volevano, con poco consiglio a mio parere, porre dinanzi come modello da imitare. Che se nel 1871 fu lasciata insoluta la questione in discorso, ciò fu soltanto perchè non si volle modificare una legge già vigente fino dal 1866 in tutte le provincie d'Italia fuorchè nella provincia romana, e se nel 1866 la questione medesima non venne risoluta dal legislatore, ciò fu soltanto perchè allora non fu neppur preveduta.

Vuolsi del resto osservare che la opinione da me propugnata è la più consentanea allo spirito della legge, oltrechè per essere la più conforme alla logica del diritto, anche perchè è la più rispondente a quella equità, e direi quasi, generosità, per la quale il legislatore volle attribuire qualche diritto sui beni fedecommissari prosciolti anche a chi aveva sui medesimi una mera aspettativa. Codesta equità non consente distinzione fra aspettative più o meno remote, purchè da qualche fondamento siano assistite.

Alcuni giureconsulti hanno immaginato di risolvere la questione, colla distinzione delle condizioni *intrinseche* ed *estrinseche* della vocazione al fedecommesso. Chiamano *intrinseche* quelle che discendono dalla stessa natura della successione fedecommissaria, *estrinseche* quelle imposte dalla volontà del testatore. Le prime opinano che siano state condonate dalla legge al primo chiamato, o purificate per virtù della legge abolitiva, le seconde no. Codesta dottrina incontrò favore presgli annotatori degli *Annali della Giurisprudenza italiana* (v. 1868, t. I, p. 93), ed anche presso qualcuno degli egregi giureconsulti, che combatterono le pretese del Raffaele Alibrandi nella causa relativa alla attribuzione dei beni del fedecommesso Valentini (V. *La memoria degli avvocati Mancini e Giordani intorno a questa causa*, Roma Cuggiani, 1873, p. 27 e segg.).

Siffatta dottrina ha per me il doppio inconveniente di essere inesatta, e di mancare di logico fondamento.

Digitized by Google

Invero il criterio di distinzione fra le condizioni intrinseche e le estrinseche è un criterio affatto accidentale. Tutte quante le modalità della successione fedecommissaria sono determinate dal testatore, tranne il requisito della premorienza del precedente possessore. Questa non è anzi neppure una vera condizione della successione fedecommissaria in virtù del noto canone, *quae tacite inesse videantur non faciunt legata conditionalia (l. 99 D. de cond. et don.)*. Ad eccezione di questa sola, impropriamente detta condizione certamente *intrinseca*, tutte le altre modalità della successione fedecommissaria possono essere stabilite dal testatore a suo piacimento. Così p. es. la scelta della linea, la determinazione del successore nella linea, la successione delle linee. E allora quale è la differenza fra tali condizioni, e le altre che si vogliono chiamare *estrinseche?* Io ne vedo una sola, che è il riguardare quest'ultime la persona dei singoli successori, mentre le così dette *intrinseche* concernerebbero l'ordine della successione. Ma questa differenza è affatto accidentale, almeno di fronte alla questione della loro influenza sul diritto quesito dei singoli successori o sulla efficacia immediata della legge abolitiva dei fedecommessi. E valga il vero. Gli annotatori degli *Annali della Giur. ital.* (l. c.) adducono come esempio di condizione intrinseca l'esser morto *sine liberis* l'ultimo successore in una data linea, affinchè si passi ad un'altra linea. La quale condizione pendente fu giudicato dalla Corte di cass. di Torino con sentenza 24 gennaio 1868 nella causa Blasi-Foglietti (*Ann. di Giur. it.* t, I, p. 93) essere stata purificata per virtù dell'attuazione della legge abolitiva dei fedecommessi. Ora io domando: perchè siffatta condizione deve dirsi intrinseca, e distinguersi da un'altra qualunque, concernente la persona di un singolo successore, una volta che l'una e le altre esistono unicamente per volontà del testatore? E infatti quella condizione non parve intrinseca ai compilatori della legge abolitiva dei fedecommessi nell'Umbria, nella quale è condonata la

Digitized by Google

sola vera condizione *intrinseca* della vocazione al fedecommesso, che è la semplice premorienza dell'ultimo possessore.

Vengo ora al fondamento logico della dottrina suaccennata. Come dissi già, questo fondamento io non lo trovo. E di vero parrebbemi gratuita affatto, per non dir peggio, la proposizione di chi dicesse essere più problematico, cioè più eventuale o meno probabile, e più lontana l'aspettativa di un primo chiamato sotto una condizione riflettente l'ordine della successione, che non sotto una condizione riflettente soltanto la personalità sua. Che se il significato logico della distinzione che io vado combattendo, e di qualunque altra che si voglia proporre nello stesso argomento, non si dovesse ricercare da quel punto di vista, io non saprei davvero in che cosa mai la si potesse far consistere.

La nostra giurisprudenza non ha ancora preso uno stabile partito circa la questione fin qui discussa, ma andò oscillando in differenti direzioni. Lascio in disparte la sentenza della Cassazione di Firenze 28 aprile 1874 nella causa Alibrandi-Valentini, la quale non concerne, come già dissi, propriamente quella questione, se non per porla esattamente, eliminandola nei casi in cui il fidecommesso prosciolto non avesse un possessore. La sentenza della Cassazione di Milano 28 dicembre 1864 nella causa Astolfi dichiarò dovere l'attribuzione di metà dei beni fedecommissari al primo chiamato restare in sospeso fintantochè non sia verificata o mancata la condizione della aspettativa di quel successore. Enorme proposizione, che urta del pari contro la lettera e contro lo spirito della legge di abolizione, e che non mi par supponibile possa in avvenire venire ripetuta, come non lo è più stata finora, *ne id monstri contingat, ut haereditas nemini quaesita in suspenso maneat* (Rota romana, decis. 25 giugno 1838, *coram* Di Pietro, 3). Dottrina contraria a quella da me propugnata, abbracciò la Corte d'appello di Brescia in una decisione 10 dicembre 1867 in causa Mazzuchelli, sentenziando che la

Digitized by Google

vocazione *eventuale* del sostituito trasversale debba ritenersi di nessun valore, e che, non vi essendo il primo chiamato, i beni restino tutti liberi al possessore. La Cassazione di Torino nella già mentovata sentenza 24 gennaio 1868 nella causa Blasi-Foglietti mentre ha ritenuto, come notai, che il primo chiamato dopo il possessore attuale possa essere anche un successore eventuale, il cui diritto dipenda dalla premorienza non solo, ma dalla mancanza di prole del possessore, in altri termini un successore appartenente ad una linea diversa da quella in cui finora i beni fedecommissari vennero trasmessi, ha in pari tempo fatta distinzione fra le condizioni *intrinseche*, apposte alla vocazione del primo chiamato, e le *estrinseche*, ammettendo la purificazione delle prime e non quella delle seconde.

E a questa distinzione dà valore anche Pacifici-Mazzoni, (*Success.* vol. 3, p. 463). La distinzione, egli dice, fra le condizioni intrinseche della premorienza semplice, o *sine liberis*, del possessore attuale al primo chiamato, e le condizioni estrinseche al diritto di questo, per esempio, la condizione *se avrà preso moglie e avuto figli*, è chiara e precisa; essendochè, se le prime si fossero avverate nel giorno della abolizione del fedecommesso, il primo chiamato sarebbe succeduto nei beni fedecommessari, mentre che, avveratesi in quel giorno le prime condizioni, e rimanendo ancora in sospeso una delle seconde, egli non avrebbe ancora avuto diritto di succedere. Inoltre egli osserva che il legislatore nel regolare gli effetti dello svincolo dei fedecommessi ebbe a considerare ciò che avverrebbe nel momento dello svincolo, se in luogo dello svincolo accadesse la morte dell' attuale possessore del fedecommesso, la qual morte lascerebbe ancora in sospeso la condizione a cui fosse ulteriormente alligato il diritto del primo chiamato.

Io non nego che la distinzione fra le condizioni di premorienza semplice, o *sine liberis,* e le condizioni d'altro genere apposte alla vocazione del primo o di un ulteriore chia-

Digitized by Google

mato, sia logica e chiarissima in astratto, poichè le prime concernono l'*ordine* della successione, le seconde la *persona* dei singoli successori. Ciò che io non arrivo a comprendere, si è che quella distinzione, chiarissima nella logica astratta, lo sia del pari nella logica concreta del legislatore, e precisamente di una legge abolitiva dei fedecommessi. Di fronte a questa legge non vi hanno che diritti concreti del possessore attuale, e aspettative dei *primi chiamati* e se queste aspettative sono tali, qualunque sia la natura della condizione apposta alla vocazione, sembrami logico che il legislatore, volendo aver riguardo alle medesime, oltre che al diritto concreto del possessore attuale, non debba far differenza fra caso e caso, pel solo motivo dell' astratta varietà delle condizioni da cui l'aspettativa dipende.

Quanto all'obbietto desunto dalla finzione della morte del possessore attuale nel giorno dello svincolo del fedecommesso, anche questo sembrami zoppicare dalla stessa parte del primo. Io convengo cioè, che quella finzione, riposando su d'un concetto ben definito, può condurre ad una soluzione altrettanto chiara, quanto semplice della quistione, ma anche qui rimane a vedere se quel concetto, astrattamente plausibilissimo, sia in concreto veramente consono allo spirito della legge. E di ciò dubito fortemente. Imperocchè, siccome in concreto è tanto degna di rispetto l'aspettativa proveniente da una condizione intrinseca quanto quella proveniente da una condizione estrinseca, non si vede ragione perchè all'abolizione dei fedecommessi debba presiedere soltanto la finzione della morte del possessore attuale nel giorno di quella abolizione, e non anche quella dell'adempimento in quel giorno di ogni altra condizione apposta alla successione del primo chiamato. Nessuno dirà che questo secondo concetto non sia astrattamente meno chiaro del primo; soltanto parmi che il preferire questo a quello sia procedere affatto gratuito, quando si abbia riguardo allo spirito della legge.

Digitized by Google

E non parmi qui inutile anche un altro riflesso. Chi nel fondare un fedecommesso appone condizioni sospensive alla vocazione dei singoli successori, condizioni concernenti la persona di ognuno di loro, non immagina al certo condizioni strane, e per nulla attinenti allo scopo dell'istituzione, come, p. es., la condizione: *si navis ex Asia venerit* od altre simili. Egli appone invece condizioni connesse con quello scopo, e la maggior parte potestative, cioè condizioni che, adempiute dal successore, lo porranno in una situazione sociale, confacente alla dignità della situazione economica, o tenderanno ad assicurare la discendenza chiamata al fedecommesso. Bene a proposito il Mazzoni immaginò la condizione del prender moglie. Or bene egli è anche in concreto a ritenersi che questa ed altre consimili condizioni potestative il primo chiamato aveva nell'animo di adempire, quando è sopraggiunta l'abolizione del fedecommesso, epperò l'escluderlo affatto dai diritti assegnatigli dalla legge di abolizione, pel solo motivo che quell'adempimento non è ancora accaduto, sarebbe di certo altrettanto irragionevole quanto iniqua cosa, mentre lo si ammetterebbe a quei diritti, ove soltanto egli fosse stato chiamato sotto la condizione di premorienza del possessore attuale (1).

---

(1) Conviene nella dottrina da me qui propugnata l'esimio, testè defunto, avv. Simone Orefici (v. *Mon. d. Trib.* 1886 p. 353 e segg.).

Digitized by Google

Della prelazione dei creditori dell'eredità in seguito alla separazione dei patrimoni.

Vecchia è oramai, come ben disse la corte di Milano in una sua decisione 20 febbraio 1893 (*Giur. it.* 1893), nella giurisprudenza del codice civile italiano la quistione: se i creditori del defunto che hanno domandato e debitamente attuato la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, a termini degli articoli 2051-2065 del codice civile, debbano lasciar concorrere con loro i creditori del defunto, che la separazione non domandarono, e seguirono intieramente la fede dell' erede, oppure se debbano venir soddisfatti sulla eredità, ad esclusione dei secondi creditori, i quali dovranno per conseguenza concorrere per contributo coi creditori dell' erede sulla parte di eredità che per avventura rimanga dopo soddisfatti i primi creditori. La questione è agitata anche in Francia, e il Mourlon (*Examen critique*, vol. II, n. 296) afferma non esservi altra materia « in cui le difficoltà siano più frequenti, e le regole proposte per risolverla meno numerose. » Coloro i quali pensano nel secondo dei due anzidetti modi, si appoggiano, in diritto italiano, sugli art. 2055, 2063 del codice civile, il primo dei quali dice che la separazione ha per oggetto il soddisfacimento dei creditori del defunto e dei legatari che l'*hanno domandata*, e il secondo dice che la separazione dei patrimoni *non giova che a coloro che l'hanno domandata*. Coloro che pensano nel primo modo si dipartono da asseriti principii generali, in nome dei quali si industriano a superare e interpretare i detti passi di legge in modo assai diverso da quello che meglio risponde al loro testuale significato.

Digitized by Google

Ammettono la preferenza dei cosidetti creditori *separatisti* sui *non separatisti:* BORSARI (*Comm. al cod. civ.*. arti-2063), MELUCCI (*Della separ. del patrimonio*, n. 244), RIGHINI (*La separ. del patrim. del defunto*, ecc., Milano 1867), LEVI (*Della separ. del patrim.*, ecc., pag. 115 e seg.) LOSANA (*Giurispr. ital.*, 1892, P. IV, pag. 100 e segg.), (1) CUZZERI (*Gazz. dei Trib.*, 18 giugno 1881), MIRABELLI (*Diritto e Giurisp.* IV, p. 169 e segg.), E. BIANCHI (*Dei Privilegi*, 1073), HUC, *Le Code civil it.*, p. II, 8, 13), STELLA (*I diritti dei separatisti in rapporto all'eredità beneficiata*, Catania, 1894), — Pensano invece che i creditori separatisti debbano concorrere coi non separatisti: RICCI (*Comm. al cod. civ.* art. 2063), PACIFICI-MAZZONI (*Success.*, vol. V, pag. 477), LUZZATI *Priv. e Ipot.*, art. 1752, n. 67), CASTEL-BOLOGNESI (*Riv. Giur.*, IV, 193), POCHINTESTA (*Riv. ipot.*, vol. I, cap. 5), RICCI (*Comm. di Dir. civ.* X, § 298), LO MONACO (*Il Filangieri*, IV; I, p. 493), TARTUFARI (*Arch. Giur.* XVI, p. 141 e segg.). E i seguaci della seconda opinione sono propriamente d'avviso che, mentre i creditori del defunto separatisti concorrono coi creditori non separatisti, e non anche coi creditori dell'erede, i secondi invece concorrono coi terzi per la parte che loro sia toccata dei beni ereditari, e in questa guisa essi pensano che sia sufficientemente soddisfatto il precetto della legge, che la separazione giova soltanto a coloro che l' hanno domandata, appunto perchè i creditori separatisti non vengono a concorrere, al pari dei non separatisti, coi creditori dell'erede. Se, per esempio, l'asse ereditario sia di 20,000 lire, i creditori del defunto siano due per 20,000 lire ciascuno, e di questi uno

---

(1) Per LOSANA, cotesta tesi è natural conseguenza della sua premessa che la separazione in discorso escluda ogni azione personale verso l'erede, e ponga la successione in condizione di *eredità giacente;* ciò posto, infatti, viene ad escludersi ogni rapporto fra i creditori del defunto che hanno seguito la fede dell'erede e coloro i quali, domandando la separazione, hanno secondo LOSANA inteso di escludere ogni relazione giuridica fra sè e l'erede.

Digitized by Google

solo, *a* domandi la separazione, il secondo, *b* non la domandi, e siavi inoltre un creditore dell'erede *c*, per 10,000 lire, giusta l'opinione seconda accennata, *a* e *b* percepirebbero 10,000 lire ciascuno sull'asse ereditario, e in pari tempo il creditore *b* dovrebbe lasciar concorrere con sè per contributo il creditore *c* sulle 10,000 lire assegnategli, sicchè, in ultimo risultato, il creditore separatista *a* percepirebbe lire 10,000, il creditore non separatista *b* e il creditore dell'erede *c* percepirebbero L. 5000 ciascuno.

Fra i giudicati favorevoli alla preferenza in questione si possono citare: Cass. Palermo, 12 gennaio 1890 (*Ann. di Giur.*, 1890, I, 392), 4 marzo 1893 (*Mon. d. Trib.*, 1893, 894), 17 marzo 1896 (*Foro It,*, 1896, 580); Cass. di Torino, 15 giugno 1879 (*Giur. it.*, 1879, I, 1051); Corte d'appello di Palermo, 13 aprile 1888 (*Ann. di Giur.*, 1888, III, 461). E fra i contrari: Corte d'appello di Milano, 22 febbraio 1888 (*Mon. d. Trib.*, 1888, pag. 235); 20 febbraio 1893 (*G. l. c.*,); Cass. di Roma, 4 settembre 1880 (*Ann. di Giur.*, 1880, I, 78); Cass. di Torino, 31 dic. 1880 (*Giur. it.*, 1881, I, 171), e 16 maggio 1896 (*Giur.*, 1896, 416); Cass. di Firenze, 4 maggio 1876 (*Ib.*, 1876, I, 666), e 23 marzo 1896 (*Giur. it.*, 1896. 592); Corte d' appello di Napoli, 24 luglio 1876 (*Ann. di Giur.*, 1876, III, 117); Corte d'appello di Casale, 15 aprile 1873 (*Ib.*, 1873, II, 171), e 30 maggio 1894 (*Mon. d. Trib.*, 1896, 1020); Corte d' appello di Catania, 26 aprile 1880 (*Giur. ital.*, 1880, II, 352), e 17 luglio 1896 (*Mon. di Trib.*, 1896, 1020); Corte d'appello di Modena, 2 febbraio 1881 (*Mon. Trib.*, 1881, 282), 28 maggio 1884 (*Giurispr. ital.*, 1884, II, 452), e 24 marzo 1885 (*Ib.*, 1885, II, 619); Corte d'appello di Bologna 9 aprile 1897 (*Ib.* 1897, 2, 397).

Nel Diritto Romano sembrerebbe che la questione fosse risoluta conformemente alla prima delle suddette opinioni, poichè nella L. I, § 16, D. *de separ.* Ulpiano, fattosi il caso che la separazione sia stata domandata da alcuni creditori soltanto del defunto, afferma recisamente che gli altri credi-

Digitized by Google

tori del defunto non ne possono profittare, e che *hos enim cum creditoribus heredis esse numerandos.* E tale è anche l'opinione prevalente fra i romanisti, come si scorge in SALGADO (*Labyrintus creditorum,* parte I, cap. IX), ma taluni ne dissentirono, come per esempio VOET (*ad Pand.*, I). V. in proposito *Doveri* (Ist. di D. R. vol. 2°, p. 600).

Nel Codice Napoleone la materia della separazione è regolata dagli art. 878, 881 e 2011, ma in nessuno di questi articoli è detto ciò che si legge nell'art. 2063 del Codice civile italiano, onde non fa meraviglia che le opinioni dei giureconsulti francesi non siano meno divise sul punto del rapporto fra creditori separatisti, che sugli altri effetti della separazione, e sullo stesso concetto generale dell' indole di questa. La prima delle due opinioni distinte sopra è seguita in Francia da DURANTON (vol. VII, n. 270), da BLONDEAU (*De la separ.*, p. 481, 508), da DEMANTE (*Cons. analyt.*, ecc., vol, III, n. 222 *bis*), da BARAFORT (*Séparat. de patrim.*, n. 178-183), da TROPLONG, (*Priv. et hypot.*, 323-325), da MARCADÈ (*Esplic. du Cod. civ.*, vol. II, 2761); da ZACHARIAE (*Droit civ. franc.*, vol. II, p. 426, 432, 435) pel caso che ci siano realmente creditori dell'erede, da FLANDIN (*De la transcript.*, n. 1055, 1056) e da parecchi altri. La seconda opinione è seguita da AUBRY et RAU (*Comm. sur Zachariae*, VII, 3, 619), da LAURENT (*Le Cod. civ.*, X, 3, 55), e da ZACHARIAE (l. v.) pel caso di non concorrenza dei creditori dell'erede coi creditori del defunto. Ma appunto perchè, come ho detto, nel *Code civil* mancano disposizioni eguali a quelle degli art. 2055, 2063 del Codice civile italiano, l'opinione che nega la preferenza in quistione non ha certo per sè il suffragio di AUBRY e RAU, nè di LAURENT, mentre per tal ragione appunto è tanto maggiore il peso delle autorità francesi che stanno per l'opinione contraria.

Per me io non esito a dissentire dalla tesi, che ha pure per sè il maggior numero dei giudicati, e ciò perchè gli argomenti solitamente addotti dai suoi propugnatori non mi per-

Digitized by Google

suadono, e di ben più forti mi sembrano militare per l'opinione contraria.

Suolsi affermare che l'art. 2055, col dire che la separazione dei patrimoni mira al soddisfacimento dei creditori del defunto o dei legatari che l'hanno domandata, a *preferenza dei creditori dell'erede*, viene implicitamente ad escludere che i creditori del defunto separatisti abbiano per ciò ad essere preferiti ai non separatisti. Ma questo mi pare un ragionare, come si dice, a rovescio. Se l'art. 2055 dà preferenze sui creditori dell'erede a quei creditori del defunto, che hanno domandato la separazione, ne consegue che tale preferenza non ispetta a quei creditori del defunto che la separazione non domandarono, sicchè questi ultimi creditori e i creditori dell'erede non possono soddisfarsi che sui beni ereditari sopravvanzati al pagamento dei separatisti.

L'art. 2063 dice che la separazione del patrimonio *non giova che a coloro che l'hanno domandata.* Or se vi hanno creditori del defunto che non domandano la separazione, come mai potranno costoro profittarne, a dispetto dell'art. 2063, che dice chiaramente giovare la separazione soltanto a coloro che l'hanno domandata? Si obbietta che il *non giova* dell'art. 2063 devesi logicamente interpretare soltanto nel senso che i soli creditori, che hanno chiesto la separazione, possono impugnare le distrazioni dei beni ereditari eventualmente fatte dall'erede. Ma s'egli è chiaro che quella azione in discorso può spettare soltanto ai creditori separatisti, rimane però sempre la quistione se dell'azione medesima debbano altri creditori del defunto profittare oltre ai separatisti che l'hanno promossa. Ma oltre e più che della lettera della legge, conviene tener conto dello spirito di questa, cioè dell'indole e dell'economia dell'istituto della separazione nella vigente legislazione civile italiana.

Io osservo anzitutto che il beneficio di separazione viene a torto rappresentato dalla generalità dei nostri giureconsulti, e da tutti i fautori dell'opinione che io combatto, come un di-

Digitized by Google

ritto acquistato direttamente e principalmente contro i creditori *proprii* dell'erede. Se ciò può esser vero in altre legislazioni, contemporanee o passate, non mi pare che lo sia nella legislazione nostra. Io credo invece che sia quello un diritto acquistato *direttamente e principalmente* contro l'erede. Ciò è reso manifesto dal disposto dell'art. 2062, per cui, iscritto in tempo il beneficio di separazione, non si possono opporre ai creditori del defunto *separatisti* le ipoteche e le alienazioni accordate dall'erede, e debitamente iscritte o trascritte sui beni dell'eredità. In tal guisa la separazione colpisce direttamente e immediatamente l'erede, e viene a diminuire la disponibilità di costui rispetto all'eredità che è pur sua.

Ciò posto, ne consegue che la separazione si possa tanto praticare se alla morte del *de cujus* vi siano creditori dell'erede, quanto se non vi siano, perchè in questa seconda ipotesi essi possono sempre sorgere e comparire posteriormente all'adizione, potendo l'erede procacciarsene, e non vietandogli la legge altro se non di assegnare loro come garanzia i beni ereditari a danno dei creditori del defunto separatisti. La separazione dei patrimoni è un provvedimento di sicurezza a vantaggio dei creditori e dei legatari del defunto, e, come costoro, per espresso disposto dell'art. 2058, lo possono adoperare nonostante l'adizione beneficiata, che è invece a tutto vantaggio dell'erede, e rimane anche sempre nel potere di questo, così pure non può impedire a quei creditori di far uso del beneficio di separazione quell'altra circostanza, non meno estranea alla loro volontà, che è l'esservi o il non esservi creditori dell'erede. Ed ora è egli possibile ammettere che, non essendovi creditori dell'erede, prima che scada il termine per l'iscrizione del beneficio di separazione, questa iscrizione abbia a giovare anche ai creditori del defunto non *separatisti*? Ciò non solo di fronte all'espresso disposto dell'art. 2063, ma eziandio di fronte alla ragione e al buon senso? Dovrebbe la negligenza equivalere alla diligenza? Tanto sarebbe che la legge avesse in questa ipotesi negato il

Digitized by Google

beneficio della separazione, o lo avesse fatto esistere per tutti i creditori del defunto senza bisogno di iscrizione.

È un forte argomento codesto, già adoperato dalla Cassazione di Palermo nella mentovata sentenza 12 gennaio 1890, e al quale la Cassazione di Torino, nella sentenza 31 dicembre 1890, e la corte d'appello di Napoli, in quella pure citata 24 luglio 1876, non sanno rispondere se non negando che si possa ricorrere alla separazione, allorquando non esistano creditori dell'erede dentro il termine in cui essa dovrebb'essere iscritta. Ma questo si chiama aggiungere alla legge ciò che in questa non si trova o, meglio, *distinguere dove la legge non distingue;* imperocchè nè l'art. 2055 nè altro articolo pone la condizione che i creditori dell'erede debbano esistere alla morte del *de cujus*, o prima che scadano tre mesi da questo momento. Così rispondendo però quei giureconsulti dànno a divedere di avere una falsa idea dell'indole e dello scopo della separazione, di ignorare cioè che questa è diretta immediatamente contro lo stesso erede, mentre chi si diparte da questa premessa comprende benissimo che la legge abbia voluto premunire i creditori del defunto contro la concorrenza dei creditori dell'erede sui beni ereditari, in *qualunque tempo* costituiti tali, ed anche trova perfettamente ragionevole che tale beneficio venga accordato a quei soli creditori del defunto che lo hanno domandato ed attuato. Ed è quindi chiaro da tal punto di vista che l'opinione da me combattuta non risponde, ma ripugna allo spirito della separazione, e non si può sostenere senza aggiungere agli arbitrii d'interpretazione suaccennati, un altro ancora, cioè quello di introdurre nella legge una distinzione che affatto non vi si trova.

Un altro gravissimo obbietto, si può muovere, dal punto di vista della economia dell'istituto della separazione, contro l'opinione del concorso dei creditori separatisti e dei creditori non separatisti.

La nostra legge vuole (art. 2069) che il beneficio di sepa-

Digitized by Google

razione si iscriva nei modi voluti in generale per le iscrizioni ipotecarie. Ciò essendo, dovranno i creditori separatisti indicare la somma per cui si iscrivono, ma sarebbe egli giusto, o non piuttosto assurdo, che i non separatisti potessero poi costringerli a far parte anche a loro dell'utile effetto della separazione? È un argomento codesto che fu già adoperato, come dirò in seguito, prima di me, e con molta più autorità che non sia la mia, nel seno stesso della Commissione che elaborò il Progetto del codice civile italiano.

E se poi si debba venire a espropriazione forzata dei beni ereditari, sui quali la separazione venne iscritta, le spese della espropriazione chi le sopporterà? Le sopporteranno i soli creditori del defunto separatisti? Sarebbe questa una solenne ingiustizia, se anche i creditori del defunto non separatisti ne dovessero profittare. Ma e d' altra parte quale azione avranno in tal caso i creditori separatisti contro i non separatisti per avere il rimborso di una parte delle spese? Io non iscorgo davvero, una volta che si ammetta che l'estensione del beneficio della separazione nell' una e nell' altra categoria di creditori dell'erede accada *ipso jure.*

Finalmente l' inconciliabilità della tesi della corte di Milano coll'indole propria, anzi collo stesso concetto del beneficio di separazione, si appalesa nel più chiaro modo nelle stesse conseguenze logiche della medesima. Se infatti si vuole sul serio che i creditori separatisti non si avvantaggino più dei non separatisti, non è giusto che, mentre i primi non subiscono la concorrenza dei creditori dell' erede, abbiano a subirla i secondi. E ciò avvertì anche la corte di Modena nella citata sua decisione 24 marzo 1885, che dice: « i creditori non separatisti, perdenti nel concorso coi creditori dell' erede, possono, per ciò che vengono a perdere, concorrere per contributo sulla somma assegnata ai separatisti ». Ma se ciò è vero, egli è chiaro altresì che in tal guisa i creditori separatisti non vengono ad essere preservati dalla concorrenza dei

Digitized by Google

creditori propri dell'erede, e che sfuma del tutto lo scopo, il contenuto, il concetto stesso di separazione del patrimonio del defunto, e di *beneficio* di separazione. Ne conviene lo stesso compianto F. Ricci in una nota all' anzidetta sentenza *(Giurisprudenza ital.*, 1885, II, 619), il quale però ha torto di dire che il non separatista non ha nessun diritto di rivalersi nel detto caso sulla quota assegnata in proprio al separatista. Questo diritto gli viene dalla stessa premessa, da cui anche il Ricci si diparte, che cioè la separazione non può dar preferenza ai creditori del defunto separatista sui non separatisti; imperocchè se i non separatisti dovessero perdere a vantaggio dei creditori dell'erede la parte loro assegnata del patrimonio del defunto, essi verrebbero manifestamente ad avvantaggiarsi della separazione meno dei separatisti. Ed è appunto la più solenne riprova della fallacia di una dottrina, in questo come in tanti altri esempi, il riuscire essa, in ultima analisi, a distruggere il suo medesimo obbietto.

Non è dunque logicamente ammissibile la tesi del concorso dei creditori separatisti e non separatisti, perchè in pari tempo contraria alla lettera, allo spirito, all'economia della legge a cui si riferisce, perchè implica contraddizione, e perchè, rigorosamente applicata, frustra persino del tutto lo scopo stesso della separazione in discorso.

A questi gravissimi argomenti, desunti dalla lettera e dallo spirito della legge, gli avversari ne contrappongono altri, o troppo astratti e perciò inconcludenti, o che non toccano il vero punto vitale della questione,

Fra gli obbietti della prima specie, massimo è questo: « non potere la morte del debitore alterare la condizione giuridica dei suoi creditori, sicchè non si possono creare priorità prima non esistenti ».

Vera in astratto questa proposizione, non si attaglia però al caso in questione, se non tenendo conto soltanto della morte del debitore e della trasformazione di tutti i creditori del de-

Digitized by Google

funto in creditori dell'erede. Ma quando entra in iscena un elemento di più, la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, allora l'eguaglianza di tutti i creditori del defunto non si può ammettere se non in quanto quella separazione appunto non giustifichi una preferenza di quelli fra i detti creditori che l'abbiano domandata in confronto degli altri che non la domandarono. E se la giustifichi o no, può bene la legge avocare a sè il definire, e questa definizione essa ha appunto fatta nel senso di quella preferenza, col disposto dell'art. 2063 del Codice civile. Si può discutere se questo articolo racchiuda o no la preferenza in questione, ma non è lecito precludere tale discussione, nè, molto meno, disconoscere la conclusione affermativa cui essa possa metter capo, col dire che il legislatore non poteva, non doveva in tal guisa provvedere per l'astratta ragione: *non potere la morte* ecc.

Si contraddicono poi coloro che non ammettono potere alcuni creditori del defunto venire preferiti agli altri, non ostante la separazione dei patrimoni domandata da alcuni soltanto, mentre essi medesimi il più delle volte ammettono che i soli creditori non separatisti debbano sopportare il concorso dei creditori del defunto sulla parte di eredità toccata a loro nel concorso coi creditori separatisti. Non è una inferiorità codesta dei primi ai secondi, per virtù della separazione?

Fra gli obbietti della seconda specie suddetta contro la tesi da me combattuta, vi ha pur quello del carattere ipotecario che altrimenti verrebbe ad avere la iscrizione del benefizio di separazione.

E perchè no? Bisogna pure che abbia un nome questo diritto di preferenza dei creditori separatisti. Un privilegio non lo possiamo dire, perchè suo titolo non è la causa del credito, ma piuttosto la provenienza sua. E come è una preferenza iscritta ne'libri delle ipoteche, e con tutte le forme delle iscrizioni ipotecarie (art- 2060), ella è certamente efficace in

Digitized by Google

confronto dei terzi, a modo dell' ipoteca. Non dice del resto chiaramente l' art. 2965 che « tutte le disposizioni relative alle ipotoche » sono applicabili a quella iscrizione? E egli possibile ciò, se all'iscrizione non viene anzitutto attribuita efficacia ipotecaria? Non è una ipoteca vera e propria, nè in particolare una ipoteca legale, quella dei separanti il patrimonio del defunto da quello dell'erede, perchè ciò che la legge ad essi accorda propriamente è la separazione del primo patrimonio dal secondo, e la iscrizione non è cbe un mezzo onde fare valere in confronto dei terzi questa separazione. Ma l'effetto della iscrizione di questa separazione, cioè di questa separazione iscritta, è uguale a quello di una iscrizione ipotecaria, cioè di un credito iscritto nei registri ipotecari. Quando i fautori della tesi da me combattuta argomentano dal non potersi dire ipoteca quella dei creditori separatisti, essi non si accorgono che, sostituendo ad una impropria espressione una propria, rimane abbastanza nell'iscrizione ipotecaria per cui non si possa ammettere la tesi loro. Rimane cioè che i creditori separatisti iscritti possono far valere i loro diritti in confronto dei terzi, come se fossero creditori ipotecari, sicchè sia tanto inammissibile che di tale iscrizione si abbiano a prevalere i creditori del defunto non separatisti, quanto che si abbiano a giovare di una ipoteca iscritta i creditori chirografari.

Obbiettasi altresì al carattere ipotecario della iscrizione in separazione de'patrimoni, che bisognerebbe dedurne l'efficacia della iscrizione anche in confronto dei terzi acquirenti prima della iscrizione; la qual cosa è inammissibile. Ma è ella cosa proprio inammissibile codesta? Nel *Code civil* l'art. 2111 statuisce espressamente che le ipoteche, iscritte sui beni del defunto dentro il termine utile per la iscrizione in separazione, cedono a questa iscrizione fatta dentro quel termine. Io convengo però che nel nostro diritto civile, il quale non ammette ipoteche occulte, e la sola ipoteca dell'alienante

Digitized by Google

consente che possa prevalere a quelle iscritte contro il compratore prima della trascrizione dell'alienazione (art. 1942), non è facile ammettere quella virtù retroattiva della iscrizione in separazione a danno dei terzi. Ma che cosa può seguire da ciò? Che la iscrizione in separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ha efficacia in confronto di quei terzi soltanto, i quali abbiano posteriormente acquistato e conservato diritti confliggenti sugli immobili ereditari. Ma nulla ne viene che sia incompatibile col profitto esclusivo della iscrizione medesima pei creditori del defunto che l'hanno operata.

Più grave in apparenza è l'argomento desunto dalla ingiustizia che i legatari separatisti debbano essere pagati di preferenza ai creditori del defunto non separatisti. Ma l'argomento perde d'importanza al riflettere che è tutta colpa dei creditori del defunto che non chiesero la separazione, e seguirono invece la fede dell'erede, se corrono maggior rischio di non essere in tutto o in parte pagati, che non corrano i legatari; chè del resto la iscrizione in separazione non muta la condizione dei legatari in confronto dei creditori separatisti, i quali devono certamente essere pagati prima di loro. Se i creditori del defunto avessero, come tali soltanto, sempre il diritto di essere pagati prima dei legatari, questo diritto non potrebbe andar perduto in virtù della separazione domandata dai legatari, i quali se ne potrebbero soltanto valere in confronto dei creditori dell'erede e dei legatari non separatisti. Ma la legge non dà appunto questo diritto se non nel caso di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e alla condizione che, se questa non è fatta dall'erede medesimo, mediante il beneficio dell'inventario, venga chiesta dai creditori medesimi come beneficio di separazione. Anche nella giurisprudenza austriaca è indubitato che il legatario separatista è preferito al creditore del defunto che non separa. Ciò perchè, dice il Basevi *(Annot. Prat. al Cod. civ, austriaco*, 812, 8):

Digitized by Google

« il creditore colle sue omissioni avrebbe tacitamente acconsentito che i due patrimoni si confondessero, ed avrebbe in tutto seguito la fede dell'erede ».

Da ultimo osserverò che la tesi da me combattuta ha contro di sè la dichiarazione di uno dei più considerevoli collaboratori al Codice civile italiano, dell'illustre PISANELLI. « Erasi dubitato, disse il PISANELLI (*Relaz.*, pag. 94), se la domanda del beneficio di separazione, fatta da alcuni degli interessati, giovasse pure agli altri. La giurisprudenza si pronunziò generalmente in senso negativo. Dovendo la domanda del benefizio indicare la somma per cui è chiesta la separazione, non può operare che sino a concorrenza di questa somma riguardo ai terzi; stabilendo altrimenti, si derogherebbe al principio di pubblicità. Nè si può ammettere che gli altri creditori o legatari si prevalgano della separazione ottenuta da alcuni di loro sino a concorrenza della relativa somma; imperocchè il creditore o legatario, che fu diligente a cautelare il suo diritto contro i terzi, sarebbe in tal caso pregiudicato dal concorso di quelli che non pensarono a garantirsi. Fu quindi stabilito che la separazione dei patrimoni non giovasse che a coloro che l'hanno domandata ».

Che poi non vi sia luogo a distinguere, nella applicazione della tesi da me propugnata, fra il caso in cui l'erede abbia adito beneficiariamente, e il caso contrario, appena è d'uopo avvertire. Imperocchè la legge stessa parifica i due casi, accordando espressamente la separazione ai creditori del defunto e ai legatari, non ostante l'adizione beneficiata dell'eredità (art. 2058). E poi, come ho già notato sopra, il beneficio dell'inventario è a tutto vantaggio dell'erede, e in potere di questo rimane (v. art. 960-961, 967, 973-974 cod. civ.). È quindi erronea la decisione della Corte di Catania 14 aprile 1893 (*Giur. Catan.* XXIII, p. 136), che sia inutile, in caso di adi-

Digitized by Google

zione beneficiata, la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (1).

---

(1) Bene analizza e censura questo giudicato lo STELLA (*l. c.* p. 10-19).

Digitized by Google

La clausola finale dell'art. 8 del Titolo Preliminare del Codice civile italiano.

Una decisione del tribunale di Caltanissetta, 27 marzo 1891 (*Circ. Giur.*, 1891, 190), definisce la questione: se la legge italiana debba o no regolare la successione di un nazionale anche a rispetto a beni immobili, siti in estero paese (Malta). E la definisce in senso affermativo, estendendo in particolare a beni immobili, affetti in estero paese a vincolo fedecommissario, l'abolizione dei fedecommessi, statuita dal diritto italiano.

Decisione siffatta non era senza precedenti nella nostra giurisprudenza. Una sentenza della Corte di appello di Genova, 11 aprile 1870 (*Racc.*, XXII, 2, 292), aveva deciso del pari, che la successione di un nazionale, composta in parte di beni immobili situati in estero paese (Stato Pontificio), spettava, anche rispetto a questi beni, all' erede designato dalla legge nazionale.

Non credo che nessun giureconsulto possa facilmente consentire coi suaccennati responsi di Caltanissetta e di Genova, e al solo sentirli annunciare non si senta sfavorevolmente impressionato dal contrasto dei due concetti: legge italiana, beni sottoposti ad una sovranità estera.

In realtà la tesi delle due decisioni suddette è tutt'altro che sicura nella giurisprudenza italiana. Imperocchè la sentenza della Corte di Genova è stata cassata dalla Cassazione di Torino, 22 dicembre 1870 (*ivi*, I, 997), la quale dichiarò che la legge nazionale, sia di un italiano, sia di un forestiero, non impera sulla successione di questo se non rispetto ai beni si-

Digitized by Google

tuati in Italia, e rispetto ai beni situati in estero Stato può soltanto venire applicata, se la legge di questo lo consenta.

Sia dunque per le difficoltà razionali, che indubbiamente suscita la prima delle due opposte tesi, sia per il fatto della discrepanza fra i giudicati intorno alla subbietta materia, è certamente una quistione, ed una importante quistione, quella dell'applicazione che i giudici italiani possano fare della legge nazionale del defunto ai beni lasciati da questo in estero paese.

La quistione verte intorno alla interpretazione dell'art. 8 del Titolo Preliminare del Codice civile italiano, e precisamente della clausola finale di quest' articolo. Il testo della legge è il seguente: « le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine a succedere, sia circa la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni e *in qualunque luogo si trovino* ». E non soltanto si disputa intorno al modo di interpretare queste ultime parole del legislatore italiano, ma anche si vogliono definire i rapporti fra lo Stato italiano e gli Stati esteri in una materia rilevantissima, sia per la entità degli interessi privati internazionali che essa concerne, sia per la frequenza dei casi pratici relativi; di qui appunto la grande importanza della quistione.

Veramente però può taluno essere tentato di osservare, in via, per così dire, pregiudiziale, che la quistione sia di molto rilievo bensì, per l'oggetto a cui si riferisce, ma non si possa affatto sollevare di fronte ai termini espliciti dell'art. 8 succitato. Poichè qui il legislatore statuisce che, *in qualunque luogo si trovino i beni*, deve sempre dal giudice italiano applicarsi alla loro trasmissione ereditaria la legge nazionale del defunto, su che si basa, come si giustifica il dubbio circa l'applicazione della legge italiana per parte del giudice italiano ai beni lasciati in estero Stato da un italiano.

Digitized by Google

defunto, come pure l'applicazione della legge estera per parte del giudice estero ai beni lasciati da un forestiero in Italia?

È questo infatti il fondamento precipuo delle decisioni riferite dapprincipio: la lettera dell'art. 8 suddetto, e specialmente della clausola finale di esso, e nient'altro. Dice in particolare la Corte di Genova: « dove la legge impera in termini chiari, ed escludenti qualsiasi dubbiezza d'interpretazione, non altro può essere l'ufficio del giudice se non quello di applicarla, senza farsi lecito d'investigare se il precetto che essa contiene sia conforme ai provvedimenti che anteriormente fossero in osservanza sulla stessa materia, se più o meno si discosti dalle massime di diritto internazionale, o se possano per avventura insorgere ostacoli circa l'esecuzione della sentenza con cui venga applicato, potendo bensì cotale investigazione appartenere ai membri del potere legislativo, quando la legge sia per costituirsi, non a coloro, il cui incarico esclusivamente consiste nel farne l'applicazione quando è costituita ».

Non si può dissimulare l'opportunità e la forza di siffatto argomento, e di certo la prima cosa da fare da chi voglia la detta questione trattare, è il giustificarne la stessa posizione di fronte al chiaro e categorico disposto della legge.

E la giustificazione io non la credo impossibile, non ostante la nota regola d'interpretazione delle leggi: *ubi nulla verborum ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio* (l. 25 § 1 D. *de leg. III)*.

Imperocchè se vi ha materia nella quale non si possano stabilire massime assolute, gli è appunto quella della interpretazione delle leggi. Si sa che l'interpretazione letterale non può mai scompagnarsi dalla logica; ma appunto il dire che non si possa mai dar caso in cui l'interpretazione logica abbia virtù di menomare, o di avere addirittura per non scritto il detto chiaro e ben determinato del legislatore, è soverchia affermazione. Non si potranno dare di certo che

Digitized by Google

molto raramente casi siffatti; nella grandissima generalità dei casi vale di certo il detto aforismo, e questa è ragione sufficiente per cui l'aforismo è stato formulato, ed è vero; ma che la romana sapienza abbia con tal detto voluto escludere la possibilità di eccezionali casi, in cui non lo si possa nè si debba applicare, rimane a dimostrare, ma non è possibile dimostrare. Delle due interpretazioni, letterale e logica, non separabili mai, la seconda ha certamente il primato sulla prima, non potendosi ammettere che il legislatore abbia mai voluto cosa non rispondente a ragione, a meno che dalle stesse parole sue non si ritragga la prova che egli fu consapevole appieno di tutto l'effetto di queste, nell'atto in cui le pronunziava. Quando ciò non si possa provare, la logica, e quindi lo stesso rispetto per il legislatore, impongono all' interprete di intendere la legge altrimenti che non è scritta, sia impropriando il significato delle parole, sia scemandone o accrescendone la virtù, sia, persino, avendo per non scritte una o più delle medesime. E il contrasto fra il senso letterale della legge e il senso razionale, contrasto che la ragione sola può dirimere, per due diverse vie può apparire, sia perchè il senso letterale contraddica ad un canone più generale statuito dal legislatore medesimo, sia perchè esso contraddica a qualcuno di quei generalissimi canoni del diritto, che, per non essere scritti nella legge, non sono meno certi e sono tanto più autorevoli, a talchè, come è noto, il nostro legislatore consente persino al giudice di valersene per farla per un momento da legislatore, nei casi che la legge scritta non abbia affatto contemplati, nè racchiusi nella sua orbita (articolo 3 del Titolo preliminare del Codice civile). E non è egli ammesso che la interpretazione della legge possa essere talvolta *restrittiva* o *estensiva?* Questo *restringere* o *estendere* è certamente sempre un fare maggiore o minore violenza al significato *chiaro* e *determinato* di una legge, onde mantener questa in armonia con altre più generali, da

Digitized by Google

cui non appare possibile distaccarla; ed ora chi vorrà dire, e come è egli possibile prestabilire *a priori*, che non si possa mai dar caso in cui l'interpretazione restrittiva, la violenza fatta al chiaro disposto della legge, nello special senso di sminuirne la pratica efficacia, possa giungere fino al punto di avere a dirittura per non scritte intiere parole? Saranno lo ripeto, eccezionalissimi e ràrissimi casi codesti; è certamente una delle più gravi operazioni, direi quasi chirurgiche, della interpretazione restrittiva, e della interpretazione logica in generale, quella che consiste nel non avere per iscritte le parole del legislatore; ma quando ella sia dimostrata necessaria, è certamente lecito all'interprete della legge il ricorrervi, poichè le esigenze della logica giuridica non riconoscono altri limiti se non quelli posti, e voluti e saputi di voler porre, dal legislatore medesimo. Tutto ciò è tanto vero, che lo ebbe a riconoscere la stessa romana sapienza, autrice dell'aforismo: *ubi nulla est verborum ambiguitas,* ecc. Imperocchè, nella l. 73, § 3, D. *de reg. jur.* è detto altresì e nientemeno: *quae ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent;* e la non intelligibilità di una legge può tanto risiedere nelle parole, quanto nel senso, comunque chiaro, di queste, che a ragione ripugni.

Ho voluto citare questo secondo passo romano alla fine e non al principio della precedente argomentazione, affinchè più chiaro apparisse che esso è complemento razionale del primo, che a molti pare bastare a sè stesso, e non ammettere nè schiarimenti, nè restrizioni.

Ora, uno degli eccezionali casi in cui l'interpretazione logica della legge, il confronto di questa con generali, imprescindibili principii, esige che se ne restringa il chiaro e determinato letterale senso, fino ad avere per non scritte alcune parole di essa, un caso in cui l'aforismo generale: *ubi nulla verborum ambiguitas*, ecc., deve cedere all'altro, complementare suo: *quae ita scripta sunt,* ecc., potrebb'essere ap-

Digitized by Google

punto rappresentato dall'art. 8 citato in fine. In quanto che vi sono, come già si è veduto, giureconsulti, pei quali l'applicazione del canone internazionale privato italiano, in quell'articolo contenuto, a beni situati fuori d'Italia, ripugna a principii giuridici indiscutibili, tanto dell'ordine teorico, quanto dell'ordine pratico. Se questi giureconsulti abbiano ragione o torto, rimane a vedere, ma fintantochè i loro argomenti non siano stati apprezzati, non è lecito chiudere loro la bocca col testo dell'articolo 8 del tit. prelim. del Codice civile, perchè il loro proposito di insorgere contro un testo positivo di legge è tutt'altro che condannabile per sè medesimo, tutt'altro che ripugnante alla vera dottrina dell'interpretazione delle leggi.

Giustificata così in astratto la possibilità della quistione, vengo ora a ricercare quali propriamente siano le ragioni per le quali dalla Cassazione di Torino e da altri vien ritenuta inammissibile, e quindi inapplicabile, la clausola finale dell'articolo in quistione, inapplicabile cioè il canone contenuto in questo articolo, ad eredità lasciate da nazionali o da forestieri fuori d'Italia, e quale sia il valore delle ragioni medesime, confrontate colle ragioni contrarie.

Per abbreviare il mio discorso, mi dichiaro subito partigiano anch'io della tesi della Cassazione di Torino, e m'accingo a giustificare questa mia convinzione, sicchè il lettore possa in pari tempo apprezzare gli argomenti *hinc et inde*, confrontandoli colle premesse da cui io mi diparto, se, come spero, queste gli sembreranno buone e sufficienti.

Ripugna, io dico, ad un principio giuridico, veramente supremo e incontrastabile per eccellenza, il disposto finale dell'art. 8 del tit. prelim. del Cod. civile italiano, che il giudice italiano abbia ad applicare a *beni situati fuori d'Italia* il canone generale internazionale privato, in esso articolo proclamato, il canone cioè che le successioni ereditarie devono essere regolate secondo la legge della nazione, a cui il defunto apparteneva. Quel principio è nè più, nè meno che la

Digitized by Google

indipendenza degli Stati, cioè lo astenersi ogni Stato da ogni ingerenza, e quindi, anzitutto e massimamente, dal dettare leggi intorno a ciò che in altri Stati esiste od accade. Spender parole per giustificare questo principio sarebbe tempo perso; ed anche la contraddizione della disposizione finale suddetta al principio medesimo, non ha d'uopo di dimostrazione. Dunque, dico io, se il legislatore italiano ha emanato quella disposizione, egli ha commesso un manifestissimo errore gravissimo, e la clausola finale dell'art. 8 del titolo preliminare del Codice civile, è per eccellenza una di quelle che *intelligi non possunt*, e che *perinde sunt ac si scripta non essent.*

Il ragionamento è breve, ma parmi serrato e saldo, tale cioè in cui la certezza della premessa è pari alla necessità della conseguenza, entrambe massime e insuperabili. Ed è naturale che sia questo il potissimo argomento a sostegno della tesi che io propugno; si vedrà però in seguito che esso non è solo, e che, oltre ad esso, d'indole tutta razionale, ve ne ha ancora un altro d'indole pratica, strettamente connesso bensì col primo e massimo argomento.

Ora subito però, onde diminuire la sorpresa di trovare in fallo, e in così grave fallo il legislatore, io debbo fare una considerazione più generale, che almeno toglierà a questa sorpresa l'aspetto di osservazione e d'impressione isolata.

Egli è carattere comune di tutte le disposizioni, contenute negli articoli 6-12 del tit. prel. del Cod. civile italiano, di non potere avere efficacia che in Italia. E cio è a dirsi, non ostante che siano articoli concernenti il cosidetto diritto internazionale privato. Sulle prime può parere il contrario, e sembra anzi contraddizione che assuma aspetto di nazionale una legge concernente rapporti internazionali. Eppure egli è impossibile che una nazione sola emani leggi internazionali, e non è neppur possibile che in un Codice italiano si contenga altra cosa fuorchè leggi da osservarsi in Italia. Se quindi i detti articoli di diritto internazionale privato, quantunque tali, devono avere

Digitized by Google

qualche effetto pratico per volontà del legislatore italiano, ciò non può essere che dentro i confini del Regno d'Italia. Sia quel che sa essere il senso e l'effetto di questa proposizione, della sua correttezza formale, o dialettica, non è possibile dubitare. In realtà però cotale restrizione dell'effetto pratico degli articoli in discorso è ben lontana dall'annientarlo. Un rapporto giuridico internazionale privato invero può avere tutti i suoi effetti in Italia, per esempio un contratto posto in essere tra forestieri soli, o tra forestieri e italiani in Italia, e da eseguirsi qui. Oppure un rapporto giuridico internazionale privato può avere effetti all' estero e in Italia, e questi effetti può darsi che in tal guisa si distribuiscano fra i due paesi, da consentire che l' Italia ne regoli la parte sua colle proprie norme private internazionali. Così vanno intese, a mio credere, tutte le disposizioni in discorso, nè altri o maggiori intendimenti si possono ragionevolmente attribuire al nostro legislatore.

Ma, ahi! questi non sembra avere avuto in realtà gli stessi concetti circa l' indole e l' effetto pratico dell' opera sua, cioè sembra avere scambiato una mera dichiarazione legislativa italiana, e per l' Italia sola, dei generali canoni del diritto internazionale privato, con una enunciazione teorica e impersonale di quei canoni, ad uso del mondo intiero. Il caso della clausola finale dell'art. 8 non è unico del genere; ve n' ha qualche altro consimile nelle disposizioni legislative in discorso, e questi casi uniti insieme, non dirò che si sorreggano, ma certamente si illuminano a vicenda, e rivelano un vizio generale e congenito alla parte della legislazione nostra civile, di cui ora si ragiona.

Vi ha infatti nel Titolo Preliminare anche un art. 9, il quale dà norme per la scelta della legge da applicare ai contratti e alle obbligazioni internazionali private. Sono queste di molte e varie specie e, per esempio, contratti e obbligazioni tra forestieri in Italia, o tra forestieri e italiani in Ita-

Digitized by Google

lia, oppure contratti e obbligazioni fra italiani, o tra forestieri e italiani, o tra forestieri, all'estero. S'intende bene che le regole poste dal legislatore italiano nel detto articolo intorno a tutti questi casi, non possono avere applicazione se non rispetto agli effetti che di quei contratti ed obbligazioni si facciano valere in Italia; ma non deve egli fare nessuna distinzione fra i vari modi in cui gli effetti di quei contratti e obbligazioni possono essere distribuiti fra l'Italia ed uno Stato estero, e secondo quei vari modi o casi dar la preferenza ad una piuttosto che ad altra legge? Deve egli sempre e indifferentemente applicare le dette norme ad un contratto o ad una obbligazione internazionale privata per gli effetti suoi in Italia, tanto se questi effetti siano secondari e indiretti, quanto se principali e diretti?

Il legislatore italiano nel citato luogo non consente nessuna distinzione di tal genere; i criteri che esso vi pone sono generali e assoluti, nè certamente potrebbe qui l'interpretazione passar sopra alla parola del legislatore, poichè ella dovrebbe in pari tempo escogitare una legge nuova. Ma anche da cotal generico e assoluto comando possono derivare ingiustificabili ingerenze e manomissioni nella sfera degli interessi e dei diritti di esteri Stati. Suppongasi, per esempio, un contratto di vendita, fra italiani, di uno stabile situato in estero Stato; oppure un mutuo stipulato all'estero fra forestieri o italiani, ivi domiciliati, o si finga qualunque altro caso consimile, e poi si pensi se, prescindendo dalle quistioni di forma esterna e di capacità, che dovunque sono regolate colle norme degli articoli 6, e 9 al. 1°, del tit. prel. del Cod. civ. italiano, sia conforme a ragione che per gli effetti collaterali o eventuali che uno dei detti contratti possa avere fuori del paese, nel quale esso dovrebbe avere tutto o il sostanziale suo effetto, un altro paese scelga a modo suo la legge da applicarsi, a rischio di porsi in contraddizione collo Stato, in cui quel sostanziale effetto del contratto si produce. Si pensi se in

Digitized by Google

questa guisa riconoscasi il diritto esclusivo di ogni Stato di dar norma a tutto ciò che fa parte della sua propria cerchia di vita e di azione, e di far rispettare questa norma anche dagli altri Stati, e se anche si servano o si danneggino gli interessi dei privati. Ognuno deve maravigliarsi che il legislatore italiano, correndo dietro alla fisima della nazionalità, abbia trascurato affatto il criterio universalmente apprezzato del luogo di esecuzione del contratto, per determinare l'unica legge da applicarsi ovunque al medesimo, e così, volendo rifare a modo suo il diritto internazionale privato contrattuale, abbia posto anche in questa materia un germe di conflitti, se non fra l'Italia e altri Stati, almeno fra le leggi e le giurisprudenze italiana e forestiere, e ciò tutt'altro che a vantaggio dei privati medesimi, che pur egli si è immaginato di segnatamente favorire. Epperò, a buon diritto ho detto più sopra, ragionando in astratto della sfera di applicazione di una legge nazionale internazionale privata, che uno degli Stati interessati ad un rapporto giuridico di questo genere può benissimo regolarne con legge da lui emanata quella parte di effetti che nella sua cerchia si producono, ove ciò sia consentito dal rapporto e dalla proporzione in cui questi effetti si trovano con quelli che si producono in altro Stato. E il legislatore italiano, col trascurare affatto questo riguardo, col volere che i principii di diritto internazionale privato contrattuale, da lui riputati migliori, si debbano sempre applicare in Italia a quella parte di effetti dei negozi di tal genere che qui si produce, sia o non sia questa la parte veramente sostanziale, e qualunque sia la legge internazionale privata dello Stato, in cui la sostanziale parte se ne avvera, ha certamente commesso uno sbaglio simigliante a quello contenuto nella clausola finale dell'art. 8 più volte ricordato. È minore quindi pur troppo la meraviglia di quest'ultimo sbaglio, poichè non è isolato, poichè proviene da un concetto iniziale sbagliato dell'indole e della competenza di una legge nazionale in materia internazio-

Digitized by Google

nale privata. E fra i detti due *lapsus mentis* non corre altra differenza se non questa, che quello dell'art. 9 è una invasione indiretta soltanto della propria cerchia del diritto e della giurisprudenza estera, mentre quello dell'art. 8 ne è una invasione diretta, poichè colpisce direttamente cose materiali esistenti in estero Stato; epperò la prima non potrebbe evitarsi dalla giurisprudenza italiana se non applicando la legge italiana in Italia diversamente da quello che è scritta, mentre la seconda può e si deve evitare col disapplicare la legge italiana nel suo rapporto coll'estero, cioè coi beni all'estero situati.

Ma ho detto sopra che, oltre alle ragioni teoriche fin qui esposte, altre ancora ve ne hanno, e propriamente d'ordine pratico, onde giustificare l'interpretazione restrittiva, o la disapplicazione della clausola finale dell'art. 8 in discorso. La dottrina cioè delle sopraccennate sentenze di Caltanissetta e di Genova è anche inammissibile perchè inapplicabile. Ed è inapplicabile, perchè le si oppongno le razionali norme intorno alla competenza dell'autorità giudiziaria nazionale in confronto dei forestieri, nella materia ereditaria.

Tanto la Corte di Genova quanto il tribunale di Caltanissetta si pronunciarono circa la trasmissione ereditaria dei beni immobili situati in estero Stato in casi, nei quali trattavasi della eredità di un cittadino italiano, apertasi in Italia, cioè di un cittadino italiano domiciliato in Italia (art. 923, Cod. civ.). In fatto di competenza giudiziaria adunque, rispetto a trasmissione ereditaria di beni situati in estero Stato, le dette sentenze la ammetterebbero nel caso di successione ereditaria di un nazionale, aperta in Italia.

Altri casi, nei quali di quella competenza si può ragionare, sono i seguenti: apertura della successione di un nazionale in estero Stato; apertura della successione di un forestiero in Italia; apertura della successione di un forestiero in estero Stato. Rispetto a questi tre altri casi non si pronun-

Digitized by Google

ciarono le dette sentenze intorno alla competenza in discorso. Si pronunciarono però altre non poche decisioni giudiziarie italiane. Rispetto al primo e all'ultimo dei tre casi la Cassazione di Torino, in una decisione 30 gennaio 1874 *(Annali di Giurisp. ital.*, VIII, 1, 270), ammise la competenza del giudice italiano, se però, e soltanto se la maggior parte dei beni, mobili o immobili, ereditari si trovi in Italia; in altra decisione invece del 22 dicembre 1870, già ricordata sopra, la stessa Corte aveva ammesso che il giudice italiano fosse sempre competente rispetto a successioni di nazionali e di forestieri, in qualunque luogo aperte, ma rispetto ai beni soltanto lasciati in Italia, e senza esigere che questi rappresentino la maggior parte dell'asse ereditario. E lo stesso ebbe a sentenziare la Cassazione di Firenze, in una sua decisione 3 aprile 1884 (*ib. id.*, IX, I, 866). La Cassazione di Napoli del pari, in una decisione 30 novembre 1869 (*ivi*, IV, 1. 49), ammise la competenza del giudice italiano rispetto a successioni ereditarie di italiani, in qualunque luogo aperte, e qualunque sia la parte dei beni ereditari situata in Italia. Ma rispetto al terzo caso, successione di forestiero aperta in estero Stato, e anche rispetto al secondo successione di forestiero aperta in Italia, la stessa Cassazione di Napoli, in quella medesima decisione, negò affatto la competenza del giudice nazionale. Ed anche la Corte di Lucca, in una decisione 12 settembre 1883 (*ivi*, 714), cassata poi dalla anzidetta decisione della Cassazione fiorentina, ammise che rispetto al terzo caso, successione di forestieri apertasi all'estero, non sia competente il giudice italiano.

Non si può dire davvero che tutte queste decisioni siano concordi, che anzi esse costituiscono un vero labirinto per chi si fa a determinare la sfera di applicazione dell'art. 94 del Codice di procedura civile, che è precisamente il comune campo di discussione delle decisioni medesime. Ma se vi ha un punto in cui tutte le decisioni concordano, gli è questo che esse tutte, sia nelle successioni di forestieri o di nazionali,

Digitized by Google

aperte in estero Stato, sia nelle successioni di forestieri, aperte in Italia, ammettono o negano la competenza del giudice italiano, rispetto ai beni soltanto situati in Italia, e non accennano neppure ai beni ereditari, siano di defunti italiani, siano di defunti forestieri, situati in estero Stato.

Può dirsi adunque essere pacifico nella giurisprudenza italiana che il giudice nazionale non ha mai competenza a regolare la successione nè di Italiani domiciliati all'estero, nè di forestieri in qualunque luogo domiciliati, rispetto a beni, mobili o immobili, situati in estero paese, e soltanto essere disputato se questa competenza egli abbia rispetto a beni situati in estero stato facienti parte di successioni d'italiani domiciliati in Italia, la cui successione si è aperta in Italia.

Ciò è quanto dire che: per consenso della giurisprudenza italiana, il giudice italiano si trova nella *impossibilità* di applicare la famosa clausola finale del tante volte mentovato art. 8 nella grandissima maggioranza dei casi, nei quali può discutersi davanti a lui intorno ad una eredità sia di nazionale, sia di forestiero, che racchiuda beni situati fuori d'Italia, e che rimane a discutere intorno alla *possibilità* di quella applicazione soltanto nei casi, certamente poco frequenti, di italiani domiciliati in Italia che lasciano beni anche fuori d'Italia.

Egli è facile però definire codest'ultimo punto, e dimostrare che anche nell'anzidetto caso egli è affatto inammissibile che il giudice italiano abbia competenza di regolare la successione rispetto a beni situati in estero Stato, e quindi abbia la *possibilità* in quell'unico caso di applicare la famosa clausola finale: *in qualunque paese* (i beni) *si trovino.* Il che appunto ebbe a ritenere, come già si è veduto, anche la Cassazione di Torino, non contraddetta di poi su tal punto nè da sè medesima, nè da altra Corte Suprema, eseguita invece recentemente dalla Cassazione di Palermo, come dirò più sotto.

Imperocchè, in materia di competenza giudiziaria, il di-

Digitized by Google

ritto internazionale ha pure i suoi principii inconcussi, e universalmente ricevuti, che nel Cod. di proc. civile italiano non possono ritrovarsi, epperò non vi si ritrovano ed è inutile cercarli, ma che i giudici italiani devono pure conoscere, e devono applicare quali sono, nè possono permettersi di disconoscere o violare coll' inammissibile pretesto che il legislatore italiano li abbia ignorati, o abbia voluto porvisi al disopra. Ora egli è universale principio del diritto internazionale, che nessun giudice estero può arrogarsi di definire la situazione giuridica sia delle cose che nello Stato si trovino, sia delle persone che sono sudditi suoi. Il che significa, rispetto alle cose in particolare, non potere un giudice estero nè definire con effetto la giuridica natura, nè conoscere dei *diritti reali* che su di esse vogliansi esercitare, nè definire l'attribuzione o distribuzione di esse, come appunto accade nella successione ereditaria.

Ammette bensì lo stesso diritto internazionale talune deroghe al detto generale canone, come, per es., è universalmente ammesso fra le genti civili, ed anche espressamente stipulato nei trattati fra l'Italia e molti altri Stati, che la competenza del giudice nazionale, rispetto alla successione ereditaria di nazionali, si possa estendere anche ai beni mobili di compendio ereditario, che per avventura si trovino in estero paese; ma codesta estensione di competenza ha sempre bisogno di essere stipulata in un trattato. Dove però consimili espresse deroghe non siano state fatte, conserva tutto il suo vigore il generale canone giuridico-internazionale suddetto. Conseguentemente, egli è certo che tanto rispetto a beni immobili, quanto rispetto a beni mobili situati in un estero Stato, facienti parte della successione ereditaria di un italiano apertasi in Italia, il giudice nazionale non può dichiararsi competente, nè quindi applicare la clausola finale dell'art. 8, senza offendere il diritto internazionale, senza menomare la sovranità territoriale forestiera. Soltanto può ritenersi il contrario rispetto alle cose

Digitized by Google

mobili, e soltanto in virtù di una espressa convenzione fra l'Italia e lo Stato estero di cui si tratti.

E dunque non rimane *neppure un caso* in cui il giudice italiano abbia la competenza, e quindi la possibilità di applicare la clausola finale dell'articolo 8 del Titolo prel. del Cod. civ. italiano. E questa clausola, appunto perchè *impossibile* ad *applicarsi,* egli è giuocoforza reputare anche per questo motivo un *lapsus mentis* del legislatore italiano, e avere quindi per non scritta.

Si adduce a sostegno della competenza del giudice italiano rispetto a beni ereditari situati in estero Stato, che, come unica deve essere la legge regolatrice della successione ereditaria, così pure deve esserne unico il giudizio. È questo uno dei soliti criteri d'interpretazione dell'articolo 94 del Cod. di proc. civile.

Ma è un criterio affatto inappropriato ed inapplicabile. Imperocchè, se anche vero in teoria, non lo è però in concreto, fintantochè le nazioni non si accordino nell'accettarlo, dal che sono lontane assai, poichè fino ad ora lo stesso principio della unicità della legge materiale successoria non è ammesso che nel Belgio, in Italia e nel Cantone di Zurigo. Non è del resto neppure esatto che delle due dette *unicità di legge* la seconda sia necessaria conseguenza della prima.

Potrebbe infatti benissimo una medesima legge ereditaria venire applicata separatamente da diversi giudici nei diversi Stati, in cui si trovano sparsi i beni ereditari; sistema codesto assai incomodo a dir vero, ed anche pericoloso per la giusta distribuzione dei beni ereditari, ma non impraticabile, nè ripugnante al canone della *unicità* della legge di successione. Ed è già infatti sistema in vigore fra l'Italia e tutti gli altri Stati, poichè, come ho detto sopra, nella grandissima maggioranza dei casi la nostra giurisprudenza, ammetta o non ammetta la competenza giudiziale italiana rispetto ad eredità, site in parte in Italia, in parte all' estero, non estende però

Digitized by Google

mai quella competenza a beni ereditari che non siano in Italia, mentre rispetto ai beni che sono in Italia applica sempre quella stessa legge nazionale del defunto, che viene applicata nella patria di questo, se forestiero sia, ed anche in patria abbia lasciato dei beni. L' esagerata importanza data da molti fra noi alla unicità del giudizio ereditario, rispetto a beni ereditari siti in differenti Stati, non è che una conseguenza della falsa premessa, assai comune fra i giuristi, e specialmente fra gli internazionalisti, intorno alla vera ragione dell' *unicità* della legge materiale successoria. Reputasi comunemente che questa ragione consista nel concetto della *unità del patrimonio ereditario.* E ciò non è esatto, a parer mio, benchè lo abbia detto anche il sommo Savigny. Imperocchè, l'unità del patrimonio ereditario è un concetto astratto, che ogni Stato applica a quei beni ereditari che sono nel suo territorio, poichè di questi soli egli può darsi pensiero, se anche di fatto altri beni siano stati lasciati dal medesimo defunto in altri paesi. E varamente, fintantochè gli Stati non si saranno accordati ad adottare anzitutto il principio dell'unicità della legge ereditaria, e poi quello della unicità del giudizio ereditario, si potrà sempre dire che *quot territoria, tot haereditates.* Il convenzionale orrore che oggi domina contro questo canone, fra i giuristi italiani, io non lo sento affatto, perchè non lo posso approvare. E di fatto questo canone prevale ancora oggi nella stessa giurisprudenza italiana, come ho chiarito sopra. Il vero fondamento della unicità della legge ereditaria risiede per me piuttosto e soltanto nella stretta attinenza che intercede fra la successione ereditaria e il diritto famigliare, sicchè è ragionevole che la prima sia governata dalla stessa legge che governa il secondo, cioè dalla legge personale. E così, oltre che nel fatto, l'asserita necessità del giudice unico ereditario non è neppure suffragata dalla ragione, e in luogo di essa devesi piuttosto parlare di grande, anzi grandissima utilità, che pur

Digitized by Google

troppo siamo ancora lontani dal vedere universalmente riconosciuta.

Egli è poi facile scorgere a quali assurdi conduce il preteso canone dell'unicità del giudizio successorio, rigorosamente applicato, nello stato attuale del diritto internazionale.

Anzitutto, prescindendo per un momento dal ricercare con qual criterio si debba determinare il *giudice unico internazionale* della successione ereditaria, egli è chiaro che, qualunque questo sarà, lo ammetterlo porterà talvolta la conseguenza che beni lasciati da cittadini italiani in Italia, e non solo mobili, ma anche immobili, vengano sottratti alla competenza del giudice italiano, e ciò come reciprocità della competenza del giudice italiano rispetto a beni, magari immobili, lasciati da un forestiero fuori d'Italia. Lo che ebbe infatti ad ammettere la Cassazione di Napoli, 30 novembre 1869, in tesi generale, e una volta la Cassazione di Torino, nella citata sentenza 30 gennaio 1874, almeno nel caso che i beni lasciati dall'italiano, domiciliato all'estero, in Italia, non rappresentino la maggior parte dell'asse ereditario. Ma può ella ammettersi conseguenza siffatta? Risponde essa allo spirito dominante nella legislazione procedurale italiana, come in quella di ogni civil paese, in fatto di tutela dei nazionali, e di tutti coloro che hanno interessi o diritti su cose esistenti nello Stato? No certamente.

Se poi si crede con molti tribunali nostri, che il criterio della competenza giudiziaria internazionale in materia ereditaria sia quello, o, più esattamente, siano quelli contenuti nell'art. 94 del Codice di procedura civile, si dura fatica a farsi un'idea della confusione d'idee a cui conduce siffatta opinione, combinata coll'altra che il giudice ereditario debba essere unico fra gli Stati, come è unico nel territorio di ciascheduno di questi.

Ho parlato sopra di labirinto, ma più giustamente può dirsi vero guazzabuglio quello suscitato da siffatto modo d'in-

Digitized by Google

terpretare il detto art. 94. Contraddizione e confusione d'idee sono i caratteri distintivi e i fattori di questo guazzabuglio.

E di vero, si pretende che i criteri di competenza dell'art. 94 valgano anche in confronto di Stati esteri in nome della *unicità* del giudizio ereditario, e in pari tempo non si ammette, come ho già detto sopra, che il giudice ereditario italiano, competente, secondo quell'articolo, nelle successioni di italiani o di forestieri aperte all'estero, possa pronunciarsi intorno ai beni di queste successioni, situati in estero Stato (Cass. Torino. 30 gennaio 1874). Si pretende che i criteri di competenza dell'art. 94 valgano anche in confronto di Stati esteri, dei quali criteri primo è quello del luogo dell'aperta successione, cioè del domicilio ultimo del defunto, e poi, tutto ad un tratto, si dà al giudice italiano competenza rispetto all'eredità di un italiano o di un forestiero domiciliato all'estero, rispetto ai beni situati in Italia, ove questi costituiscano la maggior parte dell'asse ereditario, mentre si deve pur pensare, che in virtù del criterio del luogo dell'aperta successione, posto per primo nell'art. 94, e quindi primo anche a dover essere munito di efficacia internazionale, il giudice estero può affermare la propria competenza su tutta quanta la eredità di quel forestiero! E così decidendo, non si pon mente a due cose: la prima, che è gratuito il supporre che i criteri di competenza dell'art. 94 siano in vigore tali quali in tutti gli altri Stati; la seconda, che il constatare se i beni ereditari situati in Italia siano di maggiore entità di quelli situati in estero paese, è tutt'altro che facile e sicura intrapresa nel massimo numero dei casi. Si afferma che il nostro legislatore abbia abolito il canone *quot territoria tot haereditates*, e poi, con una serie di arzigogoli, si viene alla conclusione, che il giudice italiano è competente rispetto ai beni ereditari di qualunque entità lasciati da Italiani o forestieri, in qualunque luogo domiciliati! (Cass. Torino, 22 dicembre 1870; Cass. Firenze, 3 aprile 1884).

Digitized by Google

Questo povero art. 94 è davvero uno dei più disgraziati passi di tutta quanta la legislazione italiana, che non è poca davvero! E la favola di Procuste si sarebbe inventata, con altro nome, per esso, se già non avesse esistito; ma appunto è una favola quella che il detto articolo sia una norma di competenza giudiziale ereditaria nei rapporti internazionali.

Trattisi di successioni di italiani o di forestieri, in qualunque luogo aperte, e composte di beni situati in parte in Italia, in parte all'estero, le norme di competenza dell'art. 94 non le concernono se non rispetto alla prima categoria di beni. Nella *totalità loro*, cioè comprendendovi anche i beni situati in estero Stato, l'articolo 94 non contempla quelle successioni, perchè non le può contemplare, cioè perchè, se le contemplasse, ciò non sarebbe se non in virtù del canone dell'unicità del giudizio ereditario nei rapporti internazionali, dell'abolizione dell'altro canone *quot territoria tot haereditates*, il che è impossibile per molte evidenti ragioni, sia perchè il testo dell'articolo vi ripugna, specialmente in quanto sostituisce al criterio del luogo dell'aperta successione quello della sede della maggior parte dei beni, la quale sostituzione nei rapporti internazionali non ha senso, sia perchè ripugna alla sovranità dello Stato sulle persone e sulle cose ad esso appartenenti od in esso esistenti, sia perchè conduce necessariamente a lasciare in molti casi senza difesa i diritti di eredi o creditori, italiani o forestieri, rispetto a beni ereditari situati in Italia.

No: il legislatore italiano non ha mai pensato, neppur per sogno, alla gran novità del giudice unico ereditario-internazionale, e meno ancora ad attuarlo da solo, senza accordarsi prima con altri Stati, e *senza neppure dirne nulla*; l'articolo 94 applicasi soltanto a beni ereditari situati in Italia. Ma egli è poi indifferente che questi beni costituiscano tutta o parte, e parte massima o minore, dell'eredità sia di un italiano, sia di un forestiero, in qualunque luogo aper-

Digitized by Google

tasi; le parole: *la maggior parte dei beni* nell'art. 94 si riferiscono ai beni ereditari situati in Italia, e non ad una massa ereditaria composta di questi beni e di altri situati in estero paese. Errano la Corte di Genova e la Corte di Lucca nelle suindicate sentenze, quando, per dare all'art. 94 importanza internazionale, vengono all'enorme conseguenza, che rispetto ad eredità di forestieri in Italia i giudici nostri debbano rifiutare assistenza ad eredi e creditori, italiani o forestieri, e stare aspettando una decisione dall'estero, che potrebbe anche farsi troppo aspettare, o non venir mai, e che in ogni caso racchiuderebbe sempre disconoscimento della sovranità territoriale italiana. Non potendosi attribuire al nostro legislatore il goffo dottrinarismo di abdicare, in nome di astratti principii, siano pure bellissimi, alla sovranità propria a favore degli altri Stati, senza essersi prima assicurato reciprocità di trattamento, rimane solo plausibile modo di interpretare l'art. 94 del Codice di proc. civile il riferirlo ai beni ereditari lasciati in Italia sia da italiani, sia da forestieri, e tanto se il defunto italiano, o forestiero, fosse domiciliato in Italia (fôro dell'aperta successione), quanto se egli fosse domiciliato in estero Stato (fôro della situazione della maggior parte dei beni lasciati in Italia).

È la dottrina vecchia codesta in materia di competenza giudiziaria *nazionale* nelle quistioni ereditarie, ma, appunto perchè vecchia, non la si può reputare ripudiata dal nostro legislatore, prima che questi non lo dica espressamente, e appunto perchè anche *universale*, a causa della sua medesima antichità, non è davvero a meravigliare che il nostro legislatore non l'abbia voluta abbandonare, mentre tutte le altre nazioni la conservano. S'intende del resto che da tale dottrina il giudice italiano si deve scostare tutte le volte che un trattato internazionale l'abbia modificata; il che, come ho già detto, avviene ora già rispetto a molti Stati esteri per riguardo alla successione mobiliare di forestieri morti in Italia o fuori.

Digitized by Google

Nè io credo che si possa conciliare con tale dottrina la tesi della eseguibilità di sentenze estere in materia successoria rispetto a beni situati in Italia. Se il celebre Rocco, fedele propugnatore, del resto, della territorialità della competenza ereditaria, loda nonostante una decisione della Gran Corte civile di Napoli del 1854, che diede esecuzione ad una sentenza di Modena circa la validità di una istituzione fiduciaria (*Trattato di dir. civ. intern.*, p. 244, Livorno 1860), io convengo con lui e colla Corte in quella parte dei motivi che si riferisce alla preferenza da darsi alla legge nazionale nella interpretazione del testamento di un forestiero, sul qual punto la Gran Corte civile napoletana precorse davvero la nuova legislazione italiana, ma non in tutto il rimanente. Imperocchè, si ammette o non si ammette la sovranità territoriale nel dar leggi materiali e di competenza giudiziaria rispetto alla eredità dei forestieri, e, se la si ammette, il principio è tale di sua natura, che eccezioni e distinzioni non consente. E per questo stesso motivo non sono d'accordo col Rocco neppure su di un altro punto, sull'inammissibilità cioè del ripudio dell'eredità per la parte di questa situata in uno Stato, e non per la parte situata in un altro. È una petizione di principio, di fronte alla distinzione delle sovranità secondo i territori, l'intendere l'unità dell'eredità altrimenti che rispetto ai beni in ogni singolo territorio situati. Se il canone *quot territoria tot haereditates* è, e rimarrà pur troppo in vigore fra le genti, fintantochè queste non si uniranno per riconoscere la unicità del giudizio ereditario nei rapporti internazionali, fino allora il principio della unità dell'eredità in differenti territori o Stati rimarrà un bel voto della scienza, destituito di valor pratico e giurisprudenziale.

Ed io sono lieto che la dottrina da me propugnata circa l'interpretazione dell'art. 94 del Cod. procedura civile abbia il suffragio, oltre che di molte decisioni, del grande maestro Pescatore (*Filosofia e dottrina giuridica*, p. 250, Torino 1874).

Digitized by Google

Or se nè di fronte alla retta ragione, nè di fronte alla legge positiva italiana, rettamente interpretata, reggono gli argomenti coi quali vorrebbesi attribuire al giudice italiano competenza nelle cause ereditarie rispetto a beni, siano d'italiani, siano di forestieri, situati in estero Stato, rimane ferma la mia conclusione precedente, che cioè l'applicazione della clausola finale dell'articolo 8 del Titolo preliminare del Codice civile italiano è in pari tempo inammissibile in teoria, e impossibile nella pratica, e che, per conseguenza, deve questa clausola reputarsi un *lapsus mentis* del nostro legislatore, e aversi per non scritta, come ebbe anche a considerarla la Cassazione di Torino nella citata sua decisione 22 dicembre 1870.

Queste cose, io scrivevo, come dissi, nel 1892. Posteriormente la Corte di Appello di Palermo confermò, con sentenza 23 dicembre 1892 (*Cir. Giur.* 1892, 317), il giudicato di Caltanissetta, ma la Cassazione di Palermo cassò la sentenza palermitana con sua decisione 25 agosto 1894 (F. I. 1894, 1099). E i motivi di diritto, addotti dalla Cassazione palermitana, collimano in sostanza coi miei suesposti.

Di ciò io mi compiaccio assai. Non convengo però colla Corte là dove, per non ravvisare anch'essa nella clausola finale dell'art. 8 in quistione un *lapsus mentis* del legislatore, afferma che l'art. 8 è scritto pei forestieri e pei beni lasciati da questi sia nel paese loro, sia in Italia. Parmi evidente che l'art. 8 Disp. prelim. al Cod. civ. it., al pari di tutti gli articoli 6-12 C., è stato scritto per tutti quanti, nazionali e forestieri, perchè, come ho detto sopra, questi articoli racchiudono un vero diritto internazionale privato universale, che l'autore di essi ebbe il torto di credere potersi iscrivere in un Codice nazionale. Oltracciò il *qualunque paese*, rispetto ad un forestiero defunto, non è soltanto la patria di questo, o l'Italia, ma anche un terzo Stato qualunque, rispetto al quale rinasce la stesssa quistione dell'applicabilità di un principio del diritto italiano al di là dei confini dell'Italia.

Digitized by Google

PARTE SECONDA

QUESTIONI DI DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

Digitized by Google

Digitized by Google

Obbligazioni civili al portatore.

Se in diritto civile italiano siano ammissibili obbligazioni civili al portatore, è disputato assai. L'affermativa fu ritenuta dalla Corte di Bologna, 18 settembre 1890 (*Foro it.*, 1891, I, 385), e 28 dicembre 1896 (*ib.*, 1897, I, 658) e dalla Cassazione di Roma 31 dicembre 1891 (*ib.*, 1892 I, 884)., Il contrario ritenne la Cassazione di Napoli 15 dicembre 1881 (*ib.*, 1882, I, 173), e anche, implicitamente, la Corte di Genova 12 marzo 1894 (*ib.*, *Rep.* 1894, *voce Obbligazione*, n. 27). Nel campo della scienza del diritto civile italiano pronunziaronsi per l'affermativa il Giorgi (*Trattato delle obbl.*, vol. VI, p. 327), per la negativa il Chironi (*Giur. it.*, 1892 IV, 129);, prima di questi furono per la negativa, nella scienza del diritto comune, Savigny e Windscheid, come in seguito dirò.

Anch'io sono convinto che obbligazioni civili al portatore non siano affatto ammissibili nel presente diritto civile italiano, inconciliabili cioè collo spirito e colla lettera di questo, rettamente interpretato. E ciò mi propongo di dimostrare.

Prenderò le mosse da un riflesso fatto dall'esimio Giorgi, principal campione della dottrina che io combatto. Nel volume VI della 2ª edizione del suo *Trattato delle obbligazioni* (n. 218, 235, 580), egli dice: « *de lege ferenda*, (n. 218), sebbene il principio della libertà delle convenzioni suggerisca la illimitata facoltà per chicchessia di obbligarsi sotto la forma di titoli al portatore, pur tuttavia non sapremmo biasimare una legge, la quale, ispirandosi a considerazioni di sociale convenienza, restringesse, entro certi confini questa facoltà, segnatamente a riguardo di taluni titoli, che, per la natura dell'obbietto preso di mira, o per il gran numero che se ne gettasse sul mercato, potrebbero dar luogo a perturbazioni economiche ». Certamente

Digitized by Google

fra i titoli più facili ad *essere gettati in gran numero sul mercato* sarebbero in prima linea appunto le obbligazioni civili al portatore, che, fra le altre cose, renderebbero ancor più facile e comodo il mestiere degli usurai.

Ora, io dico, se sarebbe bene che il legislatore limitasse la libertà di obbligarsi civilmente *al portatore*, ove egli si decidesse ad accordarla in massima, e se in realtà il nostro legislatore non ha espressamente accordato tale libertà, non è egli logico il pensare che cotesto silenzio significhi appunto che per convenienza sociale egli non abbia voluto nè inteso accordarla? Non è egli più ragionevole pel giudice lo astenersi dallo ammettere ciò che il legislatore espressamente non permise, e che egli non avrebbe senza condizioni e restrizioni potuto permettere, anzichè dal silenzio del legislatore desumere una libertà illimitata, che si sa e si dice ripugnante ad una savia legislazione? Come si può egli ritenere *de lege condita*, mentre la legge tace, ciò che *de lege condenda* si riconosce che non sarebbe da commendarsi? Non è ella invece più retta logica il ritenere che la *lex condita* coincida colla *lex condenda*, appunto perchè quella tace, che cioè non permetta la prima ciò che questa non potrebbe permettere senza restrizioni e limitazioni? Che cioè il legislatore abbia precisamente inteso queste limitazioni e restrizioni nel senso di non consentire affatto la facoltà di obbligarsi civilmente al portatore, e coll'effetto, quindi, di neppure menzionare codesta facoltà?

In realtà la quistione proposta si risolve nell' interpretare il silenzio del legislatore italiano circa le obbligazioni civili al portatore, nel determinare cioè se sianvi o no ragioni, e, s' intende, ragioni insite nello spirito e nel sistema della attuale nostra legislazione, per ritenere che questa non soltanto siasi astenuta, ma sia affatto aliena dallo ammettere siffatte obbligazioni. A me pare che l' illustre Giorgi proceda troppo lestamente, argomentando la libertà di obbligarsi civilmente al portatore « dall'assenza di qualunque disposizione

Digitized by Google

proibitiva » (vol. VI, p. 327), e dal generale disposto degli art. 1123, 1320. Imperocchè, come il non proibire non vuol sempre dire permettere, più che il tacere voglia sempre dire consentire, così la generica espressione dell'art. 1123 « *contratti legalmente fatti* » può dimandarsi appunto se anche alle obbligazioni in quistione si possa applicare; e il generico disposto dell'art. 1320, che la scrittura privata riconosciuta fa fede come l'atto pubblico di fronte a chi l'ha sottoscritta, non implica per nulla di per sè solo che una obbligazione civile *al portatore*, riconosciuta pure dall'emittente, oltre a far fede contro costui, valga altresì a costituire un vero e valido obbligo civile. Se ciò sia, se *al portatore* si possa legalmente costituire una obbligazione, se il silenzio della legge intorno alle obbligazioni civili *al portatore* implichi riconoscimento di queste, sono punti, lo ripeto, che, in difetto di espresse e speciali dichiarazioni del legislatore, devonsi chiarire con criterî desunti dal complessivo sistema e dallo spirito della intiera nostra legislazione civile attuale. La Cassazione di Napoli ha interpretato in senso addirittura contrario a quello datovi da Giorgi il silenzio suddetto, ma non ha poi convalidato, come sarebbe stato mestieri, tale interpretazione. Io seguo la stessa interpretazione, e credo poterla convalidare nel senso e nel modo anzidetti.

Le obbligazioni civili *al portatore*, io dico, non son conciliabili nè collo spirito della nostra legislazione, nè colla lettera, cioè propriamente coi generali e fondamentali principi del nostro diritto civile attuale in materia di obbligazioni e di contratti, epperò non si possono ammettere, se e finchè il legislatore espressamente non le riconosca e permetta.

Quanto al primo punto basta riflettere al fatto che nello stesso diritto mercantile, al quale pure sembrerebbe più conveniente la libertà di obbligarsi *al portatore*, codesta obbligazione non è ammessa che in pochi e rari casi, come p. es. negli art. 164, 340, 550, e apparisce quindi come eccezionale.

Digitized by Google

Le stesse cambiali, in particolare, questa *carta moneta* dei commercianti, non possono essere stillate *al portatore*. Eppure rispetto all'obbligazione cambiaria il legislatore deroga ad altri canoni generali del diritto civile, come p. e. a quello dell'art. 1539! Ora io dico, se nel diritto mercantile l'obbligazione *al portatore* non è ammessa che per eccezione, se nello stesso eccezionale diritto cambiario ella non è ammessa affatto, come è possibile reputarla conciliabile collo spirito del diritto civile e ammetterla in questo, solo perchè il legislatore nulla dice in proposito? Non è questo il caso di appellare nuovamente al Giorgi medesimo, il quale ammette, come ho notato sopra, che *de lege condenda* non sarebbe ammissibile la illimitata libertà di obbligarsi civilmente al *portatore?* Imperocchè sono certamente gli stessi riguardi che il Giorgi vorrebbe apprezzati *de lege condenda* in materia civile, quelli che hanno effettivamente determinato il legislatore a non consentire *de lege lata* che poche obbligazioni mercantili al portatore, e ad escluderle affatto dal diritto cambiario, e quindi egli è giocoforza ritenere che appunto *de lege lata* col solo suo silenzio il legislatore abbia inteso proscrivere la obbligazione civile *al portatore*, come *de lege lata*, egli escluse del pari, col solo suo silenzio, la obbligazione *al portatore* cambiaria? Può dirsi che neppure sarà mai possibile che il nostro legislatore permetta la obbligazione al portatore *civile*, enza avere prima permesso l'obbligazione *al portatore* cambiaria. E intanto deve pure ognuno convenire con me che non sarebbe animata da un unico spirito, una legislazione che ammettesse le obbligazioni *al portatore*, quando queste fossero civili soltanto, mentre non le ammettesse quando fossero mercantili, e neppur quando rivestissero la forma di obbligazioni cambiarie, quella forma che è stata resa appunto più speditiva di tutte le altre, liberandola da molte ordinarie esigenze della civile contrattazione.

È poi manifestamente inconciliabile la obbligazione civile

Digitized by Google

al portatore coi fondamentali canoni del nostro diritto civile intorno alla conchiusione e perfezione dei contratti. L'obbligazione civile al portatore è certamente anch'essa una figura di contratto, ma è tale figura in cui l'indeterminatezza della persona del creditore toglie di mezzo il pieno e più essenziale requisito dei contratti, che è il consenso, cioè l'incontro consapevole di due volontà in *idem placitum.*

Si risponde a questo gravissimo obbietto col dire p. e., come la Corte di Bologna, dice: non è necessario che l'espressione del consenso sia simultanea, potendo avvenire dopo, a distanza, e senza la contemporanea presenza delle parti, come si pratica nelle obbligazioni che si contraggono per corrispondenza. Ma in questo discorso si confonde la presenza delle parti colla presenza dei consensi, e si confonde la simultaneità dei consensi all'origine del negozio, colla simultaneità richiesta in un momento qualunque, onde il negozio sia perfetto. Nel contratto per corrispondenza, come è inteso dalla prevalente nostra giurisprudenza civile, e anche dal codice di commercio (art. 36), la perfezione dell'atto si ha quando l'accettazione arriva all'offerente, e allora i due consensi si incontrano, e precisamente si incontrano dove solo può accadere questo fatto psicologico, cioè nella coscienza di entrambi i contraenti. E appunto perchè non vi ha, nè vi può essere incontro di consensi finchè l'offerente non fa che scrivere la sua proposta o spedirla, e finchè questa è in viaggio, o il destinatario non ha preso cognizione dell'offerta, o non l'ha accettata o, accettata, non ha fatto che scrivere alla sua volta la risposta di accettazione, o spedirla all'offerente, e finchè questa risposta è in viaggio e non è arrivata a cognizione dell'offerente, — non è logico il far risalire la perfezione dal contratto per corrispondenza al principio dei relativi atti, ma il non potersi codesto non osta per nulla che si ravvisi incontro di consensi e perfezione di contratto in un momento posteriore, cioè quando l'affermativa risposta dell'accettante

Digitized by Google

viene a cognizione dell'offerente. Se fosse vero che, nel nostro diritto civile, si può dare consenso contrattuale meramente *obbiettivo*, cioè semplice conformità di due distinte volontà, senza consapevolezza di entrambe le parti, non sarebbesi veduta la nostra giurisprudenza civile scendere quasi unanime nella opinione che il contratto per corrispondenza non si perfezioni se non nel momento in cui l'offerente viene in cognizione della accettazione, nè il codice di commercio vigente avrebbe seguito e proclamato lo stesso principio.

Che cosa sia contratto, lo dice l'art. 1098 codice civile, variando di poco un noto dettato romano: è l'accordo di due o più persone per costituire o regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico. È dunque anzitutto necessario che ci siano due parti contraenti, le quali concorrano in una medesima volontà, vogliano cioè, e siano consapevoli entrambe nel medesimo tempo di volere la medesima cosa, e di volerla l'una perchè la vuole l'altra. La forma in cui questo consenso e questa consapevolezza si manifestano, è indifferente: può essere verbale, può essere scritta. E se la forma del contratto è scritta, può tanto essa consistere in un documento firmato da entrambe le parti, e nel quale in certo modo parlano entrambe nella stessa maniera, dicono entrambe la stessa cosa, quanto in uno scritto firmato da una parte sola, dal solo debitore, giusta il disposto dell'art. 1325 codice civile. In questo secondo caso, a torto allegato come analogo all'obbligazione *al portatore,* egli è evidente che il creditore nominato nella polizza, per il solo fatto di prevalersi di questa contro chi l'ha scritta, pone in essere il concorso della sua volontà con quella del debitore sottoscritto, e non dal giorno soltanto in cui quel fatto si compie, ma fin dal giorno in cui la polizza è stata sottoscritta dal debitore. Ora, in una obbligazione scritta *al portatore,* dov'è egli il primo requisito di ogni contratto, il concorso di due volontà, mentre l'altro preteso contraente, il creditore, non è nominato? E come è egli pos-

Digitized by Google

sibile che chi si vuole prevalere della relativa polizza contro chi l'ha sottoscritta venga considerato porre in essere il concorso della volontà sua con quella del debitore sottoscritto, fin dal giorno in cui la polizza è stata stillata? Non è dunque l'obbligazione *al portatore* un contratto, nè secondo il concetto generale del contratto, contenuto nell'articolo 1098, nè secondo lo speciale concetto dell'obbligazione unilaterale, sottoscritta dal solo debitore, giusta l'art. 1325 codice civile (1). E per non avere fondamento in un contratto. non è essa dunque affatto ammissibile a termini del vigente diritto civile italiano.

Chi vuole ammettere l'obbligazione *al portatore* in diritto civile italiano deve professare francamente potersi in diritto italiano assumere una obbligazione verso una persona indeterminata. Dico assumere una obbligazione, e non già semplicemente *essere obbligato*, perchè uno può essere obbligato per testamento altrui a fare una elargizione a persona indeterminata, la cui determinazione però sia stata predisposta con sufficienti criteri dal testatore medesimo; in questo caso però l'obbligo non è assunto, ma è imposto, è un onere della eredità, e chi verrà a profittarne, non profitterà già d'un contratto, ma effettuerà semplicemente una *mortis causa capio*. Nè del resto hanno nessun rapporto coll'obbligo in discorso le trasmissioni di proprietà a persona indeterminata, come per es. la *jactatio missilium in vulgum*, nella quale i trasmittenti han già perduto il possesso, quando il terzo sconosciuto lo acquista. Obbligo verso persona indeterminata non può essere assunto nel diritto civile italiano, come è riconosciuto non poterlosi nel diritto comune (Windscheid, 7ª ediz., vol. II, p. 149, I, n. 1); e non lo può perchè l'un diritto

(1) La polizza di cui parla l'art. 1325 non è che la prova scritta di quella parte del contratto che non é ancora stata eseguita per parte di chi ha ricevuto la prestazione altrui, ma non ha ancora eseguito la propria.

Digitized by Google

e l'altro non conoscono altro rapporto giuridico volontario fra due persone, se non il contratto, inteso nel modo sopraddetto, oppure il quasi-contratto, perchè l'un diritto e l'altro sono sempre dominati dalla tradizione romana, formulata nel noto aforismo: *nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non posse* (leg. 55, Dig. *de obl. et act.*). È noto infatti che il diritto romano non dava effetto all'*offerentis solius promissum*, cioè alla *pollicitatio*, se non eccezionalmente a favore dello Stato, del Comune o della Chiesa (V. ARNDTS, § 241; WINDSCHEID, vol. II, § 307). Sarebbe bene, l'ho riconosciuto già, che il diritto nostro si liberasse una buona volta da quella troppo ristretta e formalistica dottrina romana, e riconoscesse, dentro i giusti limiti, il ben più razionale e giusto principio, vigente là dove mancano le tradizioni giuridiche romane, come in Inghilterra e in Danimarca, il principio cioè che la *semplice promessa vale come fondamento dell'obbligazione*. Principio propugnato recentemente da SIEGEL *(Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Vienna 1873), ma che giustamente il WINDSCHEID afferma valere piuttosto *de lege ferenda* che nella interpretazione del diritto positivo *(ib)*. Finchè cotesta riforma non sia stata introdotta nel diritto civile italiano, non soltanto è impossibile dar valore in questo all'obbligazione *al portatore*, rappresentandola come un contratto, ma io non esito a dire essere impossibile anche il dare una dimostrazione rigorosa della validità ed efficacia delle stesse così dette *promesse pubbliche* (1). Se non che rispetto a queste la quistione può forse venire risoluta in pratica dalla consuetudine là dove questa è ancora fonte di diritto; la quale

(1) L'ARNDTS infatti *(ib)* riconduce la promessa pubblica *(auslobung)* alla *pollicitatio*, ma il WINDSCHEID (l. c.) giustamente lo nega. Infatti nella *pollicitatio* non vi può essere nessuno che accetti, mentre le promesse pubbliche vengono accettate da chi presta il fatto domandato e in questo momento si verifica un contratto fra presenti.

Digitized by Google

consuetudine, osserva giustamente il Savigny, (l. c. pag. 124); è anche stata la sola e vera autrice di quelle parziali deroghe ai suddetti generali principi, cioè di quelle singole obbligazioni al portatore, che in onta alla tradizione romana si sono fatte strada nel costume e nella legislazione commerciale della Germania, della Francia, e dell'Italia.

I sostenitori della dottrina da me combattuta credono di poter trovare il principale loro appoggio nella dottrine della cessione. Per essi la quistione della ammissibilità delle obbligazioni civili *al portatore* si risolve in quistione circa la validità di una cessione di credito senza le formalità volute dall'art. 1539, le quali formalità essi reputano poter essere rimesse e condonate dall'obbligato medesimo all'atto in cui la obbligazione viene assunta.

A primo colpo d'occhio apparisce inammissibile siffatto modo di rappresentare le obbligazioni *al portatore*. Cessionario il *portatore*: ma di chi? Si risponde: del precedente portatore, risalendo su su fino al primo prenditore di titolo. Ma se i precedenti portatori non figurano nel titolo, nè ha d'uopo il portatore ultimo di dimostrarli, come può quest'ultimo portatore figurare qual *cessionario*, mentre non si sa, nè v'ha d'uopo di sapere chi sia il *cedente*, e di cedente non si discorre affatto? Sta bene che i titoli al portatore non sono *missilia in vulgum jactata*, che all'emittente e ad ogni posteriore portatore essi giovano in quanto li collocano *brevi manu*, cioè li cedono materialmente contro danaro, ma questa *materiale* cessione non si deve assumere come *giuridica*, cioè non si deve confondere colla vera e propria cessione, della quale parla il codice civile. La qual cessione, scritta o non scritta che sia, è anzitutto un *rapporto giuridico*, che non si suppone, ma deve essere provato, e che ha esistenza propria ed effetti propri fra due persone distinte e bene individuate, nessuna delle quali può mancare, e l'una delle quali si chiama *cedente*, l'altra *cessionario*. Or di questa cessione non vi è luogo a di-

Digitized by Google

scorrere rispetto a un titolo *al portatore*, senza disconoscere e rinnegare l'indole e la funzione propria di questa specie di titoli di credito.

In realtà, la odierna scienza del diritto è tutta contraria, appunto per l'anzidetto motivo, all'applicazione della dottrina della cessione alle obbligazioni *al portatore*. Già il SAVIGNY (*Obligationen*, I, pag. 92 e segg., Berlino 1883), che è proprio un peccato non sia stato studiato dai giureconsulti che io combatto, fece avvertire che i titoli *al portatore* ebbero precisamente per iscopo di sottrarre il commercio dei crediti a quel che egli chiama *due difficoltà* della cessione, cioè: *a*) che il credito rimane sempre in relazione coll'originario debitore; *b*) che l'ultimo cessionario, che fa valere il credito, deve provare tutte le cessioni intermedie! Ragione per cui il medesimo SAVIGNY, il quale, come ho detto, negò pel primo la validità delle obbligazioni al portatore nello stato presente del diritto, sostiene che, emessa di fatto una tale obbligazione, il debitore possa non soltanto eccepire al portatore ciò che avrebbe potuto eccepire al primo acquirente e cedente, come per es. la *exceptio non numeratae pecuniae*, ma altresì, ove egli provi una cessione intermedia ad un prezzo inferiore al nominale, possa eccepire al portatore la *lex anastasiana!* Fra i più recenti pandettisti, il principe, cioè il WINDSCHEID, afferma anch'egli che la trasmissione dei titoli *al portatore* non ha nulla di comune colla cessione (*Pand.*, § 291, nota 2, d. 333, n. 13). Ond'egli, considerando la obbligazione *al portatore* secondo la sua propria natura, nega che il debitore possa mai eccepire la *lex anastasiana*, come, per converso, il SAVIGNY, considerando appunto che quella obbligazione non può essere ammessa nel diritto vigente secondo la propria natura sua, consente, a chi di fatto sia debitore in quella forma, di fare, se gli riesca, *al portatore* la detta eccezione, ed altre ripugnanti affatto alla vera e propria indole della obbligazione medesima. Al quesito

Digitized by Google

di quale indole poi sia propriamente il rapporto giuridico fra il portatore della obbligazione in discorso e il debitore da una parte, i precedenti portatori dall'altra, variamente bensì rispondono i moderni giureconsulti, ma non vi è quasi più nessuno che ricorra in proposito alla dottrina della cessione. Il WINDSCHEID annovera non meno di *cinque* diverse opinioni, delle quali una sola scorge una cessione nella successiva trasmissione del titolo al portatore, *tutte le altre quattro* abbandonano affatto il concetto della cessione!

È lecito maravigliarsi che i sostenitori della tesi che io combatto, mentre si atteggiano a campioni del progresso del diritto, non sappiano presentarla e patrocinarla, se non mettendosi in aperta contradizione coi resultati più recenti della scienza, e senza neppure tener conto di questi. Anche soltanto però per questo fatto, di essere la dottrina della Cassazione di Roma e della Corte di Bologna intorno alla natura giuridica della trasmissione dei titoli *al portatore* ripudiata dalla quasi totalità dei giureconsulti odierni, aventi alla loro testa quei due omuncoli, che sono il SAVIGNY e il WINDSCHEID, ella apparisce destituita di ogni probabilità di essere vera, di poter servire per nulla a sostenere la validità di quella specie di obbligazioni. Sarebbe stato davvero miglior consiglio pei sostenitori di questa tesi l'aver maggior coraggio, il farsi addirittura banditori della dottrina, che nel diritto odierno italiano possa valere anche una obbligazione che non si possa ridurre a forma nè di cessione, nè di altro contratto. In questo modo, oltre allo scansare gli obbietti desunti dalla dottrina dei contratti, essi avrebbero anche avuto il merito di parlar chiaro, e di atteggiarsi a campioni di una interpretazione nuova del diritto civile italiano. Vero è che in questa maniera essi avrebbero causato assai maggior sorpresa, e suscitato a prima giunta una disposizione ancor meno favorevole nei loro ascoltatori; ma avrebbero anche subito sentito la necessità di acuir meglio le loro armi, e anzi tutto di approfondir meglio

Digitized by Google

il subbietto, onde meglio difendere la loro tesi. In sostanza però la situazione loro non sarebbe stata mutata per nulla; imperocchè il vero senso della loro dottrina non è altro che quello anzidetto, cioè: chi afferma essere valida in diritto italiano attuale una obbligazione scritta, senza designazione del creditore, e senza che chi si vale del titolo contro il debitore debba provare da chi l'ha avuto, nè debba temere eccezioni concernenti i possessori antecedenti e lo stesso originario creditore, dice in sostanza, nè più nè meno, che in diritto italiano attuale vale la dottrina che la semplice promessa è sufficiente e valido titolo di obbligazione.

Col volere equiparare la trasmissione delle obbligazioni *al portatore* alla cessione, destituita soltanto della notifica al debitore ceduto, la Cassazione di Roma e i precursori suoi hanno perduto di vista ciò che vi ha di speciale in quelle obbligazioni, e si sono trovati dispensati dal rendere chiaro a sè medesimi quale sia il momento in cui esse vengono poste in essere, e fra chi. È una quistione questa, come ho notato più sopra, vivamente discussa nella giurisprudenza tedesca contemporanea, ma per quei nostri giureconsulti non esiste neppure; cosicchè, dopo avere sentenziato e dissertato, spesso anche non brevemente, e messo il punto, essi non sono ancora in caso di rispondere di che natura propriamente sia, fra chi e quando contratta, questa anormale obbligazione, di cui si affaticarono a dimostrare che differisce dalla cessione precisamente in ciò che riguarda il momento di perfezione e i subbietti delle parecchie obbligazioni, da cui la cessione risulta.

Si può domandare infatti a quei giureconsulti: il sottoscrittore dell'obbligazione al portatore si obbliga egli forse verso il primo prenditore del titolo? Ma a questa domanda è impossibile rispondere affermativamente, perchè il primo prenditore non figura nel titolo, e, se obbligazione fra i due si vuole immaginare, questa non può avere per oggetto, se non la stessa

Digitized by Google

emissione del titolo, la quale non è ancora vera e diretta obbligazione della somma di denaro, nel titolo indicata. Sarà dunque l'emittente obbligato per una somma di denaro verso il portatore, solo perchè tale, e lo stesso originario prenditore non figurerà verso il debitore, che come semplice portatore, prescindendo affatto dal rapporto obbligatorio anteriore fra loro interceduto. Ma di portatori del titolo, oltre all'originario prenditore, ce ne possono essere molti; sarà adunque l'emittente obbligato verso tutti i portatori? E che significherebbe codesto? Forse che sono tanti obblighi successivi, quanti i portatori? Questo non può essere, perchè nessuno di quei portatori figura nel titolo, e ognuno di essi, che ad un altro sottentri, fa sparire questo del tutto, così in diritto, come in fatto. E dunque? Sarà forse l'ultimo portatore, quello verso cui l'emittente si obbliga? Ma chi è l'ultimo portatore di fronte all'emittente, e nell'atto dell'emissione del titolo? (1)

Non è quindi una cessione quella che i giureconsulti che io combatto credono di ravvisare nelle obbligazioni *al portatore* ma è una tale mutilazione della cessione, che non si sa più che cosa sia, fuorchè veramente un' incognita adoperata per spiegare un'altra incognita. Per essi il titolo civile *al portatore* non è altro che un debito dell'emittente verso il primo prenditore, stipulato da questo per sè e per tutti i portatori successivi, colla clausola di poterlo cedere altrui senza obbligo di notifica al debitore originario od emittente. La trasmissione o circolazione cioè del titolo *al portatore* è per quei giureconsulti non altra, nè maggior cosa, che una serie di applicazioni del diritto che ognuno ha di cedere un proprio credito, senza però l'obbligo della notifica al debitore ceduto,

---

(1) Per me, io non esito a dichiararmi dell'opinione, già da altri sostenuta (v. VINDSCHEID, § 291, nota 8), che l'obbligo dell'emittente, l'obbligazione al portatore, esiste soltanto verso il portatore che presenta il titolo per essere pagato, e non prima del momento di questa presentazione

Digitized by Google

imposto al cessionario dall'art. 1539 del cod. civ., al quale obbligo, essi dicono, il debitore ha implicitamente rinunciato col fatto stesso di obbligarsi *al portatore*, e la quale rinunzia il debitore può certamente fare, perchè l'obbligo della notifica non é *d'ordine pubblico*, ma di ordine e interesse tutto ed esclusivamente privato, a vantaggio del debitore ceduto. Concetto quest'ultimo, che, prima di essere accolto dalla Cassazione romana, e dai precursori di questa, lo era stato già da decisioni francesi, e p. es. da una sentenza della Cassazione di Parigi 8 maggio 1878. Ma è un erroneo concetto. Non la sola notifica al debitore ceduto manca nella trasmissione dei titoli *al portatore;* vi manca ben più; come sopra ho reso chiaro, vi manca lo stesso fatto della cessione. Imperocchè cessione non vi ha dove non esistono il cedente e il cessionario; ora chi fa valere un titolo *al portatore*, se anche si voglia chiamarlo cessionario, non ha però davanti a sè un cedente, nè ha obblighi di sorta verso il cedente suo, perchè egli non ha nessun bisogno di naminarlo, e dunque non lo si può chiamare cessiodente.

La figura giuridica delineata dai giureconsulti che io combatto, non conviene già ai titoli *al portatore*, ma piuttosto e soltanto alle obbligazioni civili *all'ordine*. Le quali obbligazioni, benchè ammesse da parecchi giudicati francesi, come in seguito si vedrà, io non credo neppur esse facilmente ammissibili nel nostro gius civile, poichè l'espressione *all' ordine* è propria esclusivamente del gius mercantile, e qui ha il valore e senso attribuitole dall'uso; nè del resto includono quelle obbligazioni cedibilità senza notifica, ma piuttosto e semplicemente, io credo, una *adiectio personae solutionis causa*, colla sola peculiarità che questa persona riservasi il creditore di designare più tardi. L' obbligazione *al portatore*, a differenza da quella *all' ordine*, non è verso nessuna persona determinata, e appunto perciò non può fondare nessun rapporto giuridico fra il preteso cedente e il preteso cessionario, non è

Digitized by Google

possibile ravvisare nell'efficacia sua una serie di cessioni, prescindendo anche dal rapporto fra cedente e cessionario da una parte, e debitore ceduto dall'altra.

Poste queste cose, sarebbe superfluo prendere in esame l'opinione della Cassazione romana e dei giureconsulti che l'approvarono, circa la possibilità della rinuncia del cedente al diritto della notifica della cessione. Data, come ho detto, questa modificazione della dottrina della cessione, non si è ancora giustificato il titolo al portatore, ma soltanto e tutt'al più il titolo *all'ordine*. Pur nondimeno, onde non negare la debita considerazione a nessuna proposizione dei giureconsulti che io combatto, dirò il mio avviso anche su quel punto.

Che in generale si possa concepire una cessione, valida contro il debitore ceduto, anche senza notifica, non è dubbio, poichè l'uso dei titoli all'ordine è legittimo e quotidiano nel diritto mercantile. Ma ciò che io non posso ammettere si è che siffatta modificazione possa validamente farsi altrimenti che per legge, oppure per consuetudine, là dove questa conserva virtù di fonte del diritto. E ciò non tanto perchè la notifica al debitore ceduto sia di *ordine pubblico*, quanto perchè essa è un *essentiale* di quel negozio che cessione si chiama. Che i *naturalia* e gli *accidentalia negotii* rimangano nella privata balìa dei contraenti, non fu mai revocato in dubbio; ma rispetto agli *essentialia negotii* fu sempre insegnato il contrario. Del resto, non mi pare esatto il dire che quell'elemento della cessione non abbia anche pubblica importanza, se si riflette alle dannose incertezze che provengono al commercio dei crediti dal non conoscere il debitore che paga l'originario creditore o un cessionario ulteriore, senza esigere la restituzione del titolo, se il credito sia stato o no passato già ad un'altra persona. Incertezze, danni, che rispetto ai debiti cambiarî sono resi impossibili dalla esigenza formale del trovarsi scritte tutte le successive cessioni sul medesimo documento. È tanto vero, per le dette ragioni, non essere cosa

Digitized by Google

lieve il prosciogliere la cessione dal requisito della notificazione, che appunto per questo motivo durò fatica a radicarsi nella consuetudine l' istituzione della gira cambiaria (V. Biener *Wechselrechtliche Abhandl.*). Ora, poichè il codice civile italiano fa della notifica un elemento essenziale della cessione, e nelle materie contemplate da esso codice non hanno più vigore le consuetudini, pare a me chiarissimo che un istituto giuridico, il quale, come la obbligazione *al portatore*, si fonda sulla dispensa dall'obbligo di detta notifica, non possa assolutamente venire oggi validamente posto in essere mediante un contratto, anche esplicitissimo su tale proposito, poichè questa stipulazione si infrangerebbe contro la parola imperativa del codice medesimo.

Avevo dunque ragione di dire che la dottrina da me combattuta, oltre che allo spirito, ripugna a canoni fondamentali del diritto civile vigente. Nuova conferma di questo giudizio può ora ritrarsi dalle conseguenze giuridiche, a cui quella dottrina necessariamente conduce.

Il merito di aver tracciato un quadro di queste conseguenze spetta al chiarissimo prof. Gaudenzi nelle sue ingegnose memorie intorno alla causa decisa dalla ricordata sentenza della Cassazione di Roma. Egli nota che, data quella tesi, l'obbligazione diventa imprescrittibile, anche rispetto agli interessi; — non è possibile al debitore l'offerta reale; — non è possibile al debitore eccepire nullità iniziale dell' obbligo per vizi di consenso. Lascio altre conseguenze giustamente pure notate dal Gaudenzi, ma concernenti piuttosto interessi pubblici di vario genere, e la tutela loro amministrativa e penale.

Con certe riserve parmi che si possa accettare l'opinione del Gaudenzi circa la perpetuità dell' obbligazione al portatore, e circa la imprescrittibilità degli interessi della somma in tal guisa promessa. Se cioè la obbligazione al portatore non contenga la designazione di un termine, oltre il quale essa non debba durare, la quale designazione potrebbe benissimo man-

Digitized by Google

care, parmi evidente che di prescrizione della relativa azione non si possa parlare, perchè per ogni *acquirente* del titolo l' azione di pagamento non è *nata* se non dal momento del suo acquisto. Non si concepisce del resto maggiormente la prescrizione di una obbligazione *al portatore*, non circoscritta dentro un certo limite di tempo, di quello che si concepisca prescrizione di un biglietto di Banca, il quale è pure una obbligazione al portatore. — Quanto alla prescrizione quinquennale degli interessi, io non posso convenire col GAUDENZI, se non dato che veramente una obbligazione di danaro *al portatore* debba produrre interessi dal giorno della sua emissione, perchè in questo caso, osserva benissimo il GAUDENZI, non essendo gli interessi scaduti ripetibili ad anno, ma all'atto stesso in cui viene pagato il capitale, non vi può esser luogo alla loro quinquennale prescrizione. — Che poi l'offerta reale non possa essere fatta dal firmatario di un' obbligazione civile *al portatore*, è cosa evidente, poichè il creditore non è conosciuto fino a tanto che non sia apparso tale colla domanda del pagamento. Non sarà quindi possibile al debitore di danaro *al portatore* di liberarsi con quel mezzo dal suo debito, e ciò quand' anche l'obbligo suo sia imprescrittibile, benchè in questo caso, per non esservi stato apposto un termine, l'offerta reale dovrebbe poter essere fatta anche subito dopo la costituzione del debito (v. cod. civ., art. 1260, 4°). — Che poi anche non sia lecito al debitore di una somma di danaro *al portatore* opporre altre eccezioni fuorchè a lui personali, non quindi in particolare l'eccezione di un vizio di consenso dell'originaria emissione del titolo, lo nega bensì la Cassazione di Roma, ma lo afferma GIORGI, il quale adduce anche in conferma l'art. 852 del citato codice svizzero delle obbligazioni, e il 2687 del Progetto del codice civile germanico; ed a buon diritto, perchè, avendo la forma al portatore per iscopo di facilitare la circolazione del titolo di debito, egli è chiaro che questo scopo mancherebbe del tutto, se il portatore dovesse

Digitized by Google

assicurarsi d'altro che della regolarità esteriore di quello, e di altro dovesse rispondere che del fatto proprio. Non è infatti altro che questo il motivo per cui lo stesso principio vale, in virtù dell'art. 324, cod. comm., rispetto alle cambiali, quantunque queste non possano essere formulate al portatore.

Ora chi mai può ritener possibile che tutti questi naturali e comuni effetti dei contratti, che sono la prescrizione dell' azione, la possibilità dell' offerta reale, l' opponibilità dei vizî originali del consenso ai successori dei contraenti, abbiano per eccezione a mancare in un contratto, senza che il legislatore ciò espressamente permetta? Vero è che alle norme meramente dispositive del codice civile possono i contraenti derogare; ma quando *non una singola* norma, semplicemente *dispositiva*, viene in tal guisa disapplicata, ma parecchie ad un tempo, sicchè l'intiero sistema del diritto civile positivo viene ad essere modificato e sconvolto, appunto, perchè in tal guisa il privato viene a sostituire intorno ad una data materia un nuovo sistema giuridico a quello della legge, non mi pare possibile il dargliene facoltà in nome soltanto del principio che alle norme *dispositive* della legge possono i contraenti derogare. È un nuovo ordine di idee giuridiche, di cui al privato si verrebbe in tal guisa a dar licenza di farsi legislatore, la quale licenza mal si concilia coll'ufficio che si è attribuito lo Stato di emanar leggi intorno alle relazioni di diritto civile. E in quel nuovo ordine di idee giuridiche, da loro inventato, i giudici si troverebbero tanto a disagio, tanto disorientati, da rimanere frustrato lo scopo della civile legislazione, di dare una direzione ai giudici nella definizione delle civili controversie. Vero è pure che l'art. 3 del titolo preliminare del codice civile rinvia i giudici ai *principii generali* del diritto, quando non possono attingere lume dalla legge positiva; ma ciò non significa aver essi facoltà di creare un diritto nuovo, al di fuori di

Digitized by Google

quella legge, bensì e soltanto di superare per quella via difficoltà nascenti da una singolare combinazione di elementi giuridici riconosciuti dalla legge. Se fosse lecito creare in una materia qualunque un diritto nuovo, in virtù soltanto della facoltà di derogare contrattualmente alle norme *dispositive* della legge, tanto varrebbe porre addirittura la tesi: che di fronte al codice civile italiano vi sia ancor luogo alla consuetudine, se non *contra legem*, almeno *praeter legem*. E per consuetudine infatti, come ho ricordato sopra, sono invalse nel diritto mercantile moderno le poche obbligazioni al portatore, che vi sono riconosciute. Ma che una tale tesi sia difficilmente sostenibile, non v'ha giurista che non ne convenga. Fra le deroghe del resto al giure positivo contrattuale italiano, implicite nell'istituto delle obbligazioni civili *al portatore*, ve ne ha una, quella circa la prescrittibilità dell'azione, che ha contro di sè non una semplice norma dispositiva del codice civile, ma una vera e propria proibizione (art. 2107, cod. civ.). Onde io conchiudo, parmi con buon fondamento, che la tesi della validità delle obbligazioni civili *al portatore*, anche nelle conseguenze sue, ha contro di sè la lettera, oltre allo spirito del diritto civile positivo italiano, ed anzi la stessa ragione d'esistenza, in Italia come altrove, di un codice positivo del diritto privato contrattuale in particolare. E qui ripeto ciò che ho detto sopra: che sarebbe bene vedere adottato, e convenientemente e disciplinato, dal codice italiano, e da tutti gli altri codici civili dell'Europa continentale, l'istituto delle obbligazioni civili *al portatore*, ammesso, e come è ammesso da *quattordici soli anni* nella Svizzera, io non voglio negare; ma fintantochè il legislatore italiano non si sia deciso a seguire l'esempio di quello svizzero, e mantenga il diritto contrattuale ne' termini stabiliti dal vigente codice civile, io reputo intrapresa impossibile il volere per via di interpretazione di questo codice desumere la giustificazione di un istituto, il quale è in aperta e totale contraddizione colla lettera e collo spirito di

Digitized by Google

esso, e collo stesso proposito con cui il legislatore lo volle emanare, cioè col concetto che egli si formò dell'autorità di un codice civile come fonte del diritto.

A codesti obietti i sostenitori della tesi in quistione rispondono parecchie cose e di varia gravità, ma tutte, se non m'inganno, destituite di scientifico valore.

Dice la Cassazione di Roma: se le obbligazioni civili al portatore traggono seco effetti e conseguenze giuridiche eccezionali, chi le ha emesse deve senza difficoltà sottostarvi, appunto perchè sono conseguenze del fatto suo. Ma la quistione non è già se chi vuole obbligarsi *al portatore* possa sottrarsi ai naturali effetti del suo obbligo, bensì è quistione se uno possa obbligarsi in tal guisa, mentre e finchè la legge non riconosce obbligazione siffatta, in vista appunto degli eccezionalità di quegli effetti. Non è del resto l'individuale responsabilità ragion sufficiente, neppure per il legislatore, di lasciare che ognuno faccia ciò che gli aggrada, allorchè il fatto individuale e le conseguenze di questo non concernono soltanto l'agente, ma anche l'intera Società, e questo è appunto il caso rispetto alle obbligazioni in quistione. Tanto ciò è vero che, come ho già notato, e come non sanno i nostri sostenitori delle obbligazioni civili *al portatore*, il codice civile sasne e il progetto di codice civile germanico non permettono che queste obbligazioni si emettano, se non coll'autorizzazione del Governo, data di caso in caso.

Altri rispondono ancora che, negata la validità della obbligazione civile al portatore, l'emittente di questa si arricchirebbe a danno altrui. Ma a questa obbiezione ha già risposto il Savigny, dimenticato, non si sa come, dai miei avversari. Egli nega assolutamente, e a buon diritto, che possa il debitore ritenere il danaro datogli per un titolo nullo. E di vero l'indebito pagamento si può sempre ripetere colla *condictio indebiti*, ammessa dal nostro codice civile (art. 1145). E sia anche errore di diritto la causa per cui l'indebito pa-

Digitized by Google

gamento accadde, esso nel diritto nostro non nuoce alla ripetizione, in virtù del generale principio dell' art. 1109, codice civile.

Osserverò da ultimo che la dottrina da me combattuta ha contro di sè l'autorità della scienza giuridica odierna, delle leggi e della giurisprudenza estera. È anche questo un punto degno di tutta l'attenzione, attesochè i giureconsulti, che io combatto, non si peritano di rappresentare la tesi loro come pacifica e universalmente ammessa nella scienza giuridica, nella giurisprudenza francese, nelle recenti legislazioni estere. Ma si ingannano a gran partito su tutti questi punti.

Io non ho potuto verificare tutte le innumerevoli citazioni di autori che mi si oppongono, nelle quali trovo del resto confusi insieme civilisti e commercialisti; ma mi meraviglio che accanto a nomi di vario peso quei giureconsulti non abbiano ricordato Gönner, Philips, Biener, Muehlenbruch, Savigny e Windscheid, i quali stanno contro di loro. Soli questi due ultimi contrabbilanciano certamente una serqua di coloro che militano nel campo avverso.

Davvero io non comprendo come si possa trattare sul serio la quistione della validità delle obbligazioni civili al portatore, senza neppure rammentare il Savigny, che vi ha dedicato circa cento pagine del suo *Trattato delle obbligazioni* (l. c.), e che la risolve negativamente! E il Windscheid *(Lehrb. d. Pandektenr.* 8ª ediz., Francoforte, 1891, vol. II, *passim)*, il primo pandettista contemporaneo, come mai lo si è potuto dimenticare? Se i miei contradditori si fossero soltanto ricordati di Savigny e di Windscheid, avrebbero certamente condotto molto diversamente la loro dimostrazione, e non canterebbero l'osanna e il peana intorno alla sentenza della Cassazione di Roma. Imperocchè devono pur concedere che di fronte a questa sentenza può pretendere ognuno ad essere preso sul serio, quando asserisce che le obbligazioni civili *al portatore* non sono ammissibili nell'odierno diritto romano-francese, ro-

Digitized by Google

mano-germanico, anche soltanto perchè così pensano il WINDSCHEID e il SAVIGNY.

Le decisioni francesi poi, allegate dai detti giureconsulti, sono ben lontane dal suonar tutte in realtà come essi raccontano.

Citano per esempio due sentenze: Corte di cassazione di Parigi 10 novembre 1829 *(Journal du Palais*, 1829, pag. 1489), e Corte d'appello di Nimes 23 marzo 1830 (*ib.*, 1830, pag. 299); ma queste sentenze ammettono la validità del *billets au porteur*, non già argomentando dalla dottrina generale del *code civil* intorno alle obbligazioni contrattuali, e alla cessione in particolare, ma invocando una legge 16 Termidoro anno III, la quale autorizzava espressamente quella specie di obbligazioni civili. In altri termini, le dette sentenze negano che sia possibile la quistione che facciamo noi in Italia, perchè la trovano risoluta in una legge positiva francese; qual peso adunque esse possono avere in Italia, dove una legge consimile alla francese del Termidoro anno III certamente non esiste?

Citano un'altra sentenza della Cassazione francese 8 maggio 1878 (*ib.* 1878, pagina 743). E questa veramente ha molto di comune col ragionamento della Cassazione romana e di GIORGI, imperocchè, oltre al non togliere la quistione col riferirsi al testo positivo della legge 15 Termidoro anno III, nel risolverla poi affermativamente adduce un argomento adoprato pure da quelli, cioè asserisce che gli art. 1690, 1691 *code civil*, corrispondenti ai nostri 1539, 1540, non sono di ordine pubblico, e che il debitore ceduto vi può anticipatamente rinunciare. Ma ad onta di ciò la detta sentenza ha molto meno peso, di quello che a prima giunta può sembrare. Imperocchè, prescindendo anche dalle altre sentenze francesi che hanno dichiarato il contrario, e combattuto specialmente la suaccennata dottrina circa gli art. 1690-1691 del *code civil*, per es. una sentenza della Corte di Limoges 27 novembre 1845 (*id.*, 1845, 674), vi ha poi una tal differenza fra l'oggetto della quistione decisa

Digitized by Google

dalla suddetta sentenza di Cassazione francese, e quello su cui verte la quistione nostra, che sia davvero *incivile* lo estendere al secondo una decisione qualunque data rispetto al primo. La Cassazione di Parigi aveva di mira nella sua sentenza del 1878 una obbligazione civile *all' ordine,* mentre noi discutiamo intorno alle obbligazioni civili *al portatore!* Chi non vede quanto importi la differenza fra queste due specie di obbligazione nel ricercare e definire se il silenzio della legge le autorizzi, se i generali principî intorno alla cessione non si oppongano alla loro validità? Il *billet à l'ordre* è conosciuto nel diritto mercantile francese, come nel nostro; quello *au porteur*, no; egli è dunque, senza paragone, meno ardito lo equiparare rispetto al primo il diritto civile al commerciale, che non lo ammettere nel diritto civile rispetto al secondo una specie di *unicum*, che non ha neppure riscontro nel più libero e meno formalistico diritto commerciale. Nel *billet à l'ordre* si può ravvisare una cessione, anzi una serie di cessioni, e in questa ipotesi può in particolare avere senso la dottrina della pretesa rinuncia implicita e presunta alle formalità stabilite dagli articoli 1690-1691 del *code civil*, di cui pure fanno gran caso i nostri fautori delle obbligazioni civili *al portatore*, mentre rispetto a queste quella dottrina è del tutto campata in aria, poichè manca affatto una cessione, delle cui formalità, necessarie o no, condonabili e condonate, o no, e per via di semplice presunzione, si viene tanto seriamente discorrendo.

Anche citano una sentenza della Cassazione di Parigi 21 febbraio 1838 (*ib.*, 1838, I, 496); e questa veramente concerne una obbligazione civile *al portatore*, ma una obbligazione emessa in esecuzione di un *atto notarile*, e non già isolata come quelle che formano oggetto della nostra quistione.

E così l'asserita giurisprudenza francese, favorevole alla tesi in quistione, si riduce a sentenze che non vi attengono affatto, o perchè negano a dirittura la quistione medesima,

Digitized by Google

adducendo un testo di legge che in Italia non esiste, o perchè non concernono già obbligazioni civili al portatore, ma obbligazioni civili trasmissibili per via di una vera cessione, comunque irregolare; o perchè, finalmente, non concernono obbligazioni civili al portatore di per sè stanti. *Un solo* giudicato francese, fra quelli citati dai sostenitori della tesi della Cassazione romana, e che a me è riuscito verificare, è propriamente favorevole alla medesima, e questo è della Corte Riom (non Lione) 19 dicembre 1821 (*ib.* 1821, pag. 1030). Ma posteriormente, per ben settan'anni, nessuna Corte d'appello francese, nè mai la Corte di cassazione parigina hanno accolto così nettamente, come fece la Cassazione romana, la stessa tesi di questa, e proprio nello stesso caso, ed anche coll'argomento sfatato che, non vietando la legge ecc. Converrà ognuno che, stando così le cose, il vantato appoggio della francese giurisprudenza riducesi pei giureconsulti che io combatto non solo a zero, ma a meno di zero, cioè ad un argomento contrario, e di che forza!

Di recenti legislazioni estere, tre ne citano a loro pro i nostri fautori delle obbligazioni civili *al portatore*, e sono la legge svizzera sulle obbligazioni del 1883, il codice civile sassone del 1863, e il Progetto del codice civile germanico. Già ho notato sopra che leggi positive estere non hanno nessuna importanza in una quistione che si agita in Italia, appunto perchè qui manca una legge espressa che la risolva; nè io mi spiego come non abbiano a ciò riflettuto quei giureconsulti, se non confermandomi viemaggiormente nella opinione che essi vadano scambiando una quistione *de lege ferenda* con una quistione *de lege lata*, o meglio *non lata*. Ma, a parte questo, delle tre anzidette legislazioni, *due* dicono *precisamente il contrario* di ciò che asseriscono i detti giureconsulti, cioè *negano*, non *ammettono* la libertà di ogni persona di emettere obbligazioni civili *al portatore*. Dice bensì la citata legge svizzera all'art. 85: « ogni detentore di un titolo stipulato pa-

Digitized by Google

gabile *al portatore*, ha diritto di reclamarne il pagamento »; ma che cosa dispongono veramente il codice civile sassone del 1863, e il Progetto del codice civile germanico?

I miei avversarî citano il paragrafo 1039 del codice civile sassone, il quale così suona: « rispetto ai titoli *al portatore*, ogni attuale possessore, finchè ne ritiene il possesso, reputasi aver diritto contro la persona che figura obbligata nel titolo ». Ma se essi avessero avuto soltanto la pazienza di arrivare fino al successivo paragrafo 1040, vi avrebbero letto: « *titoli al portatore che obbligano il debitore ad una somma di danaro non si possono emettere che col consenso dello Stato* ».

Citano i miei avversari il paragrafo 685 del Progetto del codice civile germanico, il quale suona: « In virtù di un titolo di debito, in cui l'emittente promette una prestazione al portatore del medesimo l'emittente rimane obbligato verso il portatore del titolo, a fargli la prestazione a norma della promessa contenuta nel documento ». Ma se essi avessero avuto soltanto la pazienza di arrivare fino al § 701, vi avrebbero letto: « *titoli di debito, nei quali l'emittente promette al portatore dei medesimi una determinata somma di danaro, ove non s'ano stati emessi dalla Confederazione o da uno degli Stati federali, non possono essere messi in circolazione, se non col consenso dello Stato* ».

Chi oserà dire che il far dipendere di volta in volta la validità di *obbligazioni di danaro al portatore*, emesse da privati, dal consenso dello Stato, significhi riconoscimento della libertà di ogni cittadino di obbligarsi in tal guisa, come di un diritto, si direbbe quasi, naturale? Eppure questo è appunto l'oggetto della quistione che si muove in Italia. Si dovrà egli forse interpretare il silenzio del legislatore italiano in proposito, come una implicita affermazione, perchè legislazioni estere, a cui si ascrive grande autorità, hanno invece parlato per negare, e non per affermare? Sarebbe davvero un curioso ragionamento codesto!

Digitized by Google

In conclusione, tutto ciò che in fatto di autorità scientifiche, giudiziarie, legislative, adducono in loro prò i sostenitori delle obbligazioni al portatore, e che io ho potuto controllare, *o non è esatto, o non è vero. Non è esatta* la relazione delle sentenze francesi da essi allegate, *non é vero* che il codice civile sassone, e il Progetto del codice civile germanico stiano per loro, mentre stanno invece contro di loro; *non è vero* che la scienza contemporanea, invocata imprudentemente anche dalla Cassazione di Roma, sulla fede d'altrui, sia del loro avviso, perchè, fra gli altri, due dei più grandi civilisti moderni, il SAVIGNY e il WINDSCHEID, sono invece dell'avviso contrario.

Rimane a tutto beneficio dei miei avversari l'autorità della legge svizzera sulle obbligazioni, ma la legge svizzera, come ogni altra legge estera, non è un commentario della legge italiana, e oltracciò non è per nulla una legge basata sugli stessi fondamentali canoni del nostro attuale diritto delle obbligazioni, che sono canoni del romano diritto. Ed anche rimane a tutto beneficio dei miei avversari la sentenza 31 dicembre 1891 della Cassazione di Roma. Ed io comprendo benissimo che essi di ciò siano lieti; non esagerino però la loro contentezza. In fin dei conti la Cassazione di Roma ha ammesso la validità delle obbligazioni civili *al portatore*, come la Cassazione di Napoli nella sua sentenza ebbe invece a negarla. Sono due sentenze di Cassazioni italiane, di pari autorità, l'una prò, l'altra contro quella tesi; chi vorrà asserire che la quistione sia oramai decisa e sopita, o non piuttosto che essa rimanga più discutibile che mai, appunto perchè due supreme Corti di cassazione l'hanno risoluta in opposto senso?

Occorre poi appena che io ricordi, per tacciarlo di grave leggerezza, quest'altro argomento di *autorità*, che si è voluto desumere a prò della dottrina da me combattuta, dall'asserita indole di obbligazioni *al portatore*, dei biglietti di ammis-

Digitized by Google

sione a pubblici spettacoli, dei gettoni per conseguire pubblici soccorsi, e di altri segni *al portatore* di utilità e servizi vari. Questi non sono per nulla obbligazioni, cioè crediti e debiti *al portatore;* sono piuttosto specie di moneta o di danaro, che si converte in una cosa materiale, o in un materiale servigio determinato, anzichè rappresentare per sè medesimi un valore, il valore in generale; onde tanto questi titoli differiscono da obbligazioni, quanto la stessa spendizione del danaro differisce dall'obbligazione di sborsarlo.

Digitized by Google

Momento perfezionativo del contratto fra assenti.

Credo opportuno riassumere lo stato attuale della questione del momento perfezionativo del contratto fra assenti in diritto civile italiano, quistione che nel nostro diritto mercantile non esiste, perchè risoluta dall'art. 36 del codice di commercio. Veramente codesto riassunto è già stato fatto più volte in Italia, come, p. e., dapprima da SERAFINI (nel suo libro *Il telegrafo, in rel. alla giur. civ. e commerciale.*, Pavia, 1862) e nella sua traduzione delle *Pandette* di ARNDTS (sotto il § 231), poi dall'avv. RUTIGLIANO (nel *Foro italiano* 1878, I, 410 e segg.), e il BOLAFFIO (*id.*, 1886, I, 411) lo reputava oramai inutile dieci anni fa. Ma io non sono di questo avviso, poichè la questione esiste sempre, benchè risoluta nello stesso modo dalla maggior parte dei relativi giudicati italiani, ogni nuova adesione ad una soluzione qualunque deve essere motivata, e può venirsi arricchendo di nuovi elementi od aspetti; il che però esige manifestamente che ognuno, il quale si accinge a trattarla, si renda conto di tutto ciò che è stato scritto prima. In realtà sempre nuovi lavori scientifici vengono pubblicati intorno al contratto fra assenti o per corrispondenza; il più recente è quello dottissimo di VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, pp. 461.

Prima cosa da porre in chiaro è il concetto del contratto fra assenti.

Non è fra assenti un contratto, solo perchè i contraenti si trovino in diversi luoghi. Imperocchè anche due persone, che discorrono fra loro in una medesima stanza, occupano in realtà luoghi diversi. E neppure la quantità della distanza può

Digitized by Google

decidere in proposito, se non in quanto essa sia tale che la parola dell'uno non venga udita dall'altro nell'atto stesso in cui viene emessa. Quest'ultimo è il vero e solo criterio di distinzione fra presenti e assenti nella contrattazione. È contratto fra presenti quello che si conchiude con scambio di parole, percepite da quello cui sono dirette nell'atto stesso in cui vengono emesse; è fra assenti quello che si conchiude con uno scambio di parole, non subito percepite da quello a cui vengono dirette nell'atto stesso in cui vengono emesse. E per parola intendiamo tanto quella emessa colla bocca, quanto qualunque altro segno dell'idea, percepibile sia coll'udito, sia con altri sensi; un discorso fatto con gesti, o con colpi battuti, che altri possa vedere od udire, o con segni semaforici che colpiscono l'occhio altrui, è tanto fra presenti quanto il discorso parlato e udito, qualunque sia la distanza intercedente fra chi esprime un'idea e chi la raccoglie, purchè l'un atto e l'altro, benchè effetto il secondo del primo, siano per la umana percezione contemporanei. Anche il discorso di un non muto o di un veggente con un muto o con un cieco, se in ambedue i casi non si fa uso di segni convenzionali che il muto o il cieco possa immediatamente percepire, è un discorso fra assenti, benchè i contraenti siano presenti, nel comun senso di questa parola; imperocchè nell'un caso e nell'altro è mestieri che un terzo traduca l'idea espressa dall'un contraente in segni intelligibili all'altro, che non percepisce quelli adoperati dal primo. E come ogni qualvolta i segni, con cui uno manifesta l'idea propria ad un altro, non vengono percepiti da questo nell'atto stesso in cui vengono emessi, si ricorre necessariamente ad un terzo individuo, il quale trasmetta l'idea al secondo, e l'opera di questo intermediario si dice *corrispondenza*, così può anche tradursi il concetto di contratto fra assenti in quello di contratto *per corrispondenza*. Ma il concetto volgare di contratto per corrispondenza non è esatto, perchè vi si suole collegare il concetto di distanza, e propriamente di notevole distanza

Digitized by Google

fra coloro che corrispondono, il quale secondo concetto è un elemento superfluo del primo. Quale è infatti la distanza *notevole?* Manca un criterio razionale per determinarla. Anche in una medesima stanza due individui possono discorrere e trattare fra loro *per corrispondenza*, e non vi ha nessuna sostanziale differenza tra questo caso e quello di una corrispondenza a miglia e migliaia di miglia di distanza. Tutte le volte che si parla e si tratta per corrispondenza, il momento, in cui uno parla, in cui uno fa una proposta ad un altro, o accetta una proposta altrui, non è lo stesso momento in cui l'altro ha cognizione della proposta o dell'accettazione, e questo, soltanto questo, è il carattere essenziale dei contratti per corrispondenza o fra assenti, questo, e questo soltanto, è il criterio per distinguere la presenza e l'assenza di due persone che fra loro discorrono o trattano.

In altri termini è la differenza *dei tempi*, e non quella dei *luoghi*, della proposta e dell'accettazione, il criterio distintivo del contratto fra assenti, e l'occasione della quistione del *momento perfezionativo* di questi contratti. E s'intende differenza *percettibile* di tempo, chè, a rigore di scienza fisica, non è nè può essere propriamente un solo e medesimo momento quello in cui la proposta o l'accettazione si fa, e quello in cui l'una o l'altra giunge al destinatario. Che se intercede tempo *percettibile* fra il parlare dell'uno e l'udire dell' altro contraente, per ciò solo il contratto è *per corrispondenza*, cioè la parola dell' uno è sempre necessariamente trasmessa all' altro per opera di un agente intermediario. Suppongasi per es. che si arrivi un giorno a corrispondere per segni ottici fra gli abitanti della terra e quelli di un lontanissimo astro, sicchè quei segni debbano impiegare mesi od anni per arrivare a destinazione. Gli accordi che si ponessero in essere in tal maniera fra abitanti dei due corpi celesti, sarebbero certamente *fra assenti o per corrispondenza*, e l' agente intermediario della trasmissione della volontà sarebbe l'*etere*, il

Digitized by Google

quale farebbe la stessa funzione della *posta* fra abitanti della terra.

Vero è che nella pratica al *momento perfezionativo* del contratto fra assenti non si pon mente, se il contratto si perfeziona in un giorno, perchè *civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus;* ma anche in questo caso il contratto è di sua natura *fra assenti*, se conchiuso *per corrispondenza*, e questa indole sua può dar luogo a questione circa il luogo in cui il contratto è stato perfezionato, se nei due luoghi, in cui risiedono i contraenti, dominano leggi e competenze differenti.

Quanto il detto mio modo di intendere il contratto fra assenti differisca dal comune insegnamento in proposito, è chiaro ad ognuno che abbia studiato la questione; mi basti qui citare il più recente scrittore sull'argomento, il VALÉRY (*op. cit.*, pag. 61), il quale dice: « affinchè il contratto sia fra presenti occorre non soltanto che l'espressione del pensiero dell'uno e la sua percezione per parte dell'altro contraente siano simultanee; occorre inoltre che le due parti si trovino in quel momento in un medesimo luogo ». Non ha riflettuto neppur questo accuratissimo scrittore che, propriamente parlando, due distinte e separate persone non possono mai trovarsi in un medesimo luogo, e che quelle che comunemente si dicono contrarre fra loro di presenza, per trovarsi in un medesimo luogo, sono in realtà supposte contrarre a voce o per altri segni immediatamente percepiti, consentendolo la piccola distanza materiale che le separa, la qual distanza perciò appunto non viene avvertita. Ma se quelle persone, stando in quel medesimo posto, contraessero invece per corrispondenza, di guisa che nel momento in cui l'una esprimesse il pensiero suo, l'altra non lo percepisse, sarebbe egli possibile equiparare materialmente e giuridicamente questo secondo caso al precedente? No, senza offendere il senso comune. E se due persone trattassero fra di loro per segni immediatamente percepiti, ma non a così piccola

Digitized by Google

distanza, come suolsi supporre comunemente nei contratti che si dicono fra presenti, p. es., parlando a voce alta attraverso un fiume che separa due Stati, cesserebbe il contratto di essere tra presenti, solo per ragione di distanza? E negato arbitrariamente codesto, dovrebbesi forse, senz' altro riflettere, applicare a quel contratto le dottrine dei contratti fra assenti, cioè dei contratti per corrispondenza, mentre *corrispondenza* non c' è stata? Da un errore cadrebbesi in un altro, ugualmente grave, e diventerebbe impossibile definire ragionevolmente il caso in questione, per non aver saputo bene definire gli altri casi coi quali esso voleva anzitutto esser paragonato.

La fallacia della comune dottrina circa la distinzione fra contratti *inter praesentes* e contratti *inter absentes*, la sterilità e i pericoli pratici della medesima, nessuna maggior riprova ebbero che nella questione circa il momento perfezionativo dei contratti per telefono, e la legge da applicare ai medesimi, quando per avventura i contraenti telefonici soggiornino in differenti Stati.

Fui primo io, come osserva il Meili (*Das Telephonrecht*, Lipsia, 1885. p. 200), a proporre codesta quistione nel *Giornale delle leggi* (1882, n. 40, e *Monit. dei trib.*, 1882, n. 41), e vi propugnai la tesi che il contratto per telefono non è *inter absentes*, ma *inter praesentes*. Insorse contro di me, con molta sicumera, il Vidari (*id.*, n. 42, 46), e poi anche dissentirono da me il Norsa (*Il telefono e la legge*, nell' *Annuario del 'Istituto lombardo di scienze e lettere* XV, p. 69 391), e il Giorgi (*Obbligaz.*, 2ª ediz., III, n. 186 bis); furono invece con me il compianto Ferd. Bianchi (*I contratti per telefono*, Suppl. agli *Studi senesi*, Bologna 1888), il Meili (*op. cit.*, p. 202) e il sommo giureconsulto, anch'egli vivente, Unger, in una lettera privata a me diretta, e la stessa opinione è stata accolta dal Progetto di codice civile germanico (2ª lettura, 8. 120). Gli argomenti del Vidari e d'altri si riducono

Digitized by Google

in sostanza al solito errore di considerare *inter absentes* ogni contratto fra persone che non si trovano *in un medesimo luogo,* come se fosse lecito basare una teoria giuridica su di una premessa fisica contraria nientemeno che al principio della impenetrabilità dei corpi. Il NORSA però e il GIORGI, e recentemente il VALÉRY (l. c., p. 60 segg.) hanno almeno in parte riconosciuto l'assurdità di considerare tra assenti un contratto per mezzo di segni, direttamente, immediatamente percepiti; ma non ebbero il coraggio di affermare il contratto per telefono *tra presenti.* E perchè? Perchè, come dice il VALÉRY, vi hanno quistioni concernenti questo contratto, le quali non si presentano « quasi mai » rispetto ai contratti fra presenti, e sono invece comuni a quelli e ai contratti per corrispondenza. E quali? Adduce il VALÉRY l'esempio delle questioni di competenza, se i due contraenti per telefono siano soggetti a distinte giurisdizioni. Ed io aggiungo l'esempio delle questioni circa la legge da applicarsi, se i contraenti appartengano a due Stati diversi. Conseguentemente il NORSA e il VALÉRY collocano il contratto per telefono fra il contratto *inter praesentes* e il contratto *inter absentes*, ne fanno un *quid dimidium* fra i due, che « presenta i caratteri dell'uno e dell'altro », soluzione codesta più assurda forse di quella di VIDARI ed altri, che dicono non presenti, e quindi assenti i due telefonanti. Un *quid dimidium* fra il corrispondere direttamente e il corrispondere indirettamente non è più facile a concepirsi che fra la porta aperta e la porta chiusa, e non a torto il relatore VIDAL all'Accademia di Tolosa intorno allo scritto del NORSA, ebbe a chiamare la soluzione suddetta « indegna di un giureconsulto » *(Réc. de l'Acad. de Toulouse,* 1884-85, p. 317). (1).

---

(1) Il signor Nicola Germano, in un suo ingegnosissimo studio *Dei contratti fra assenti* (Roma, 1897), dissente da me, dal codice tedesco, e dai giureconsulti citati sopra, circa i caratteri dei contratti per telefono. Per lui questi contratti sono *inter absentes,* e ciò perchè

Digitized by Google

Manifestamente l'errore fondamentale comune a tutti coloro, i quali reputano *inter absentes* il contratto per telefono, è quello di riporre i criterî della distinzione nella *distanza* fra i contraenti. Essi non si sanno svincolare da codesto concetto volgare, e se ne lasciano trascinare a negare l'evidenza, chiamando non presenti l'una all'altra due persone che direttamente comunicano, benchè a distanza, per mezzo di telefono o altrimenti, e ad offendere la logica ammettendo un termine medio fra l'essere e il non essere due persone presenti

---

egli è d'avviso che i contratti fra *assenti* sono tali tanto per ragione di *tempo*, quanto per ragione di *luogo*, tanto cioè se in tempi diversi, quanto se in luoghi diversi le due volontà consenzienti vengano manifestate; ma qual'è il criterio della diversità dei luoghi? Io non lo scorgo, perchè quello della diversità della competenza giudiziale e della legge è manifestamente estrinseco e accidentale. Il criterio invece della diversità del tempo è facile stabilirlo: *praticamente* è al di là di un giorno, *teoricamente* è quel tempo qualunque, che occorre al funzionamento di un organo intermedio qualunque, per cui le dichiarazioni di volontà si trasmettono, perchè se di un organo tale non vi ha bisogno, i segni cioè della volontà di un contraente, come vengono da questo adoperati, vengono immediatamente percepiti dall'altro, il contratto è manifestamente *fra presenti*. Epperò io credo aver ragione di riporre il criterio dei contratti fra assenti nella diversità *dei tempi*, cioè nella *corrispondenza* per mezzo di un organo intermedio qualunque fra coloro che si trasmettono la dichiarazione della loro volontà. Sono due questioni affatto differenti quella del *momento*, e quella del *luogo* in cui un contratto si perfeziona; due persone possono trovarsi in luoghi lontani, e non ostante vedersi non solo, ma scambiarsi direttamente e immediatamente parole, o in generale segni dei loro pensieri, essere cioè presenti l'una all'altra, benchè distanti, e viceversa due persone, non distanti fra loro, non sono presenti l'una all'altra, cioè la loro presenza non può essere considerata, deve anzi reputarsi come non fosse, se direttamente esse non si possono fare intendere l'una dall'altra, ma hanno bisogno di distaccare da sè e scambiare fra di loro una *corrispondenza*. Non si deve confondere il contratto *fra assenti* col contratto *fra persone distanti*, benchè l'una cosa e l'altra spesso coincidano; che se non coincidano, gli effetti giuridici della distanza devono essere a parte e con propri criteri determinati, il che appunto io ho cercato sopra di fare.

Digitized by Google

l'una all'altra, cioè comunicanti fra loro direttamente o indirettamente. Quanto poi alla difficoltà che il VALÉRY ed altri dicono di incontrare nel classificare il contratto per telefono fra i contratti *inter praesentes*, io credo che si possano superare per ben altra via, ed anzi che, ben considerando, non esistano affatto.

E di vero, come già ebbi a notare, può tanto darsi contratto *inter praesentes* tra persone lontane, e magari lontanissime, quanto contratto *per corrispondenza* tra persone vicine, e magari vicinissime. E come nel primo caso non vi può essere quistione circa il momento perfezionativo del contratto, così rispetto al secondo non vi può essere quistione circa il luogo di quel perfezionamento, e quindi circa la legge e la competenza da preferirsi, ma vi è luogo nel primo caso a quistione circa la legge e la competenza da preferirsi, come vi è luogo nel secondo a quistione circa il momento perfezionativo del contratto e il punto di partenza degli effetti di questo, e l'un caso e l'altro serbano il loro proprio carattere, benchè l'uno e l'altro non presentino tutti gli aspetti da cui possono essere considerati i contratti della loro specie, cioè l'un caso dia, e l'altro non dia anche luogo a quistione circa la legge e la competenza da preferirsi. Non può quindi esser dubbio che la quistione circa la legge e la competenza da preferirsi rispetto a contratti *inter praesentes*, cioè *non per corrispondenza*, fra persone lontane in modo da essere sottoposte a leggi e competenze diverse, deve essere risoluta, prescindendo affatto dalla quistione circa il momento perfezionativo del contratto, la quale non può sorgere mai rispetto ad un contratto *inter praesentes*, e che le considerazioni da farsi a tal fine non possono che essere in pari tempo estranee a quella quistione, e per nulla inconciliabili con quel carattere del contratto. Egli è certamente, non ostante la grande distanza fra i contraenti, una sottospecie del contratto fra presenti il contratto telefonico, ed ogni altro contratto posto in essere a grandi distanze per via di segni

Digitized by Google

diretti e immediatamente percepiti. E quando si domanda qual legge e competenza lo concernono, si domanda in sostanza se vi sia qualche criterio onde preferire quelle del proponente o quelle dell'accettante, prescindendo dal criterio della perfezione del contratto piuttosto nella sede del proponente che in quella dell'accettante, perchè è ammesso che il contratto si è perfezionato in entrambe le sedi contemporaneamente, essendo l'accettazione stata percepita nell'atto stesso in cui venne emessa, e quindi accaduta nello stesso tempo nella sede dell'accettante e in quella del proponente. Per me il criterio che si richiede è la differenza tra causa ed effetto, che intercede fra la proposta, e l'accettazione a distanza che è causa della perfezione del contratto. Benchè contemporanee per l'umana percezione l'offerta e l'accettazione *inter praesentes*, ciò non impedisce che naturalmente si possano distinguere reputando l'una anteriore e l'altra posteriore, e ravvisando nella prima la causa, nella seconda l'effetto della prima. E questo parmi motivo razionale sufficiente onde reputare avere il contratto *inter praesentes* la sua sede piuttosto dove risiede l'accettante, che dove risiede il proponente, quando per ragione di distanza fra le due sedi vi è necessità di preferirne una.

E se tal criterio si accetta, certamente non si disconosce per nulla il carattere *inter praesentes*, che spetta ai contratti in discorso, nè si toglie a prestito nulla dalle dottrine dei contratti *per corrispondenza*. Altri, se credono, escogitino altri criterî; la quistione è aperta, ma nessuno creda che per porla e per risolverla bisogni ammettere un *quid dimidium* fra contratti *inter praesentes* e contratti *inter absentes*, per sola ragione della distanza fra proponente e accettante, e badi ognuno di non cader nell'errore volgare di credere che il contratto fra assenti sia altra cosa che contratto *per corrispondenza*, che per distinguere il contratto fra assenti da quello fra presenti occorra por mente se i contraenti siano o non siano in un *medesimo luogo*, vacuo concetto, e vero non senso.

Digitized by Google

Determinato il concetto del contratto fra assenti o *per corrispondenza*, vengo ora allo studio della quistione del momento perfezionativo di esso, e quindi anche del luogo in cui codesta perfezione è da reputarsi accaduta.

Manca affatto nel codice civile italiano la dottrina del contratto fra assenti, mentre l'art. 36 cod. comm. ne statuisce una, e di qui la quistione: quali principî debbansi in diritto civile italiano seguire su tale proposito. Tutti convengono sinora che la questione si risolva nel domandare se anche nel diritto civile italiano debbansi o no adottare i principî del diritto mercantile; ma codesta posizione della quistione parmi incompleta. L'art. 36 cod. comm. segue il cosidetto principio dell'*informazione*, reputa cioè perfetto il contratto nel momento in cui al proponente giunge notizia dell'accettazione, facendo eccezione pei casi in cui vien richiesta la immediata esecuzione del contratto, e pei contratti unilaterali, e accordando diritto di risarcimento all'accettante, se questi abbia avuto danno dalla revoca della proposta, anteriore alla avuta notizia dell'accettazione per parte del proponente. Ora chi ha cognizione della legislazione comparata non può ignorare che non tutti i codici, pur ligî al principio della *informazione*, ammettono libertà di revoca per parte del proponente, fino a che il contratto fra assenti non è perfetto. Conseguentemente la quistione scientifica intorno a questo contratto ha due lati od aspetti, che sono: *a)* efficacia giuridica della proposta, *b)* momento perfezionativo del contratto. E questi due aspetti della quistione, queste due quistioni si affacciano pure al giudice civile italiano, e questi è libero di risolverle come gli sembri meglio, poichè il codice civile gli lascia questa libertà, ed è ufficio della scienza giuridica venire in soccorso del giudice non meno rispetto alla prima, che rispetto alla seconda.

Io tratterò appunto l'una quistione e l'altra successivamente.

Libertà di revoca dell'offerta o proposta. — Questa sola

Digitized by Google

può formare oggetto di quistione, perchè è noto che la libertà di revocare l'accettazione, fino a che questa sia pervenuta al proponente, è ammessa tanto dai seguaci del principio dell'*informazione*, quanto da quelli del principio della *dichiarazione;* con quanta logica per parte di questi ultimi, ognuno si può domandare, ed io risponderò in seguito.

Vediamo anzitutto alcune leggi positive forestiere.

Il codice civile austriaco al § 862 statuisce che la proposta non può essere revocata prima del decorso di ventiquattro ore, o del tempo che occorre per mandare due volte la risposta, secondo che le parti si trovino o no nel medesimo luogo. Lo stesso dispone il *Landrecht* di Prussia (1, tit. 5, § 90). Il codice di commercio tedesco (art. 320) statuisce che il proponente è vincolato dalla sua offerta fino al momento dell'arrivo di questa, dentro il termine regolare, calcolato dal momento in cui venne spedita. Il codice della Luigiana (art. 1796, 1803) consente al proponente di revocare la proposta soltanto al di là di un *tempo ragionevole* dopo averla fatta. Il codice di commercio del Chilì (art. 98) determina pure il lasso di tempo, dentro il quale la proposta non può essere revocata. La legge svizzera sulle obbligazioni del 1883 (art. 5) statuisce che il proponente è vincolato alla sua proposta fino al momento in cui è in diritto di aspettare l'arrivo di una risposta spedita in tempo e regolarmente. Il Progretto di codice civile giapponese (art. 329) non consente revoca dell'offerta, se la revoca non arriva al destinatario prima che questi abbia spedito risposta di accettazione. Il primo Progetto di codice civile germanico statuiva (§ 84) che il proponente fosse vincolato fino al decorso del termine, dentro il quale può aspettarsi l'accettazione; e il secondo Progetto (§ 120) non ripete la stessa dichiarazione, ma questo concetto è a ritenersi implicito nei termini suoi, giusta l'interpretazione di Endemann e Gareis (*Einführ. in das bürger. Gesetzb.*, 1896, p. 85). Notisi che non tutti i detti codici ammettono lo stesso momento perfezionativo del contrat-

Digitized by Google

to fra assenti, perchè la dottrina dell'*informazione* è seguita dal codice austriaco e dalla citata legge svizzera, mentre gli altri codici citati seguono la dottrina della *dichiarazione*.

L'art. 36 del codice di commercio italiano adunque, stabilendo che la proposta di contratto ad un assente possa venir rivocata fino a che non siasi perfezionato il contratto, il quale momento è per il codice medesimo quello in cui il proponente riceve notizia della accettazione, si è scostato dall'esempio si può dire universale delle moderne legislazioni. Ha fatto bene così il nostro legislatore mercantile? È la prima questione, codesta, lo ripeto, che i giudici italiani hanno il diritto e il dovere di proporsi rispetto ai contratti fra assenti in gius civile, poichè il codice civile ha lasciato *ex lege* questo argomento.

L'art. 36 cod. comm. it. è già stato da parecchi, sotto quel punto di vista, censurato. Il Valéry, p. es. (*op. cit.* p. 220-235) nota giustamente l'irrazionalità di concedere non solo al destinatario, ma anche al proponente il diritto di farsi risarcire il danno prodotto dalla revoca della volontà espressa dall'altra parte. Se, osserva egli, il proponente ha fatto spese nella opinione che la proposta sarebbe accettata, perchè non deve egli imputare a sè medesimo il proprio danno? Qual differenza vi ha fra il rifiuto di accettazione e la revoca, in tempo fatta, di questa? E il Bolaffio (*l. c.*) osserva pur giustamente che lo ammettere l'obbligo di risarcimento in seguito a revoca della proposta è negazione implicita e manifesta del diritto accordato al proponente di revocare la proposta fino al momento perfezionativo del contratto.

Ma sono queste censure secondarie del principio consacrato dall'art. 36 cod. comm. it., che la proposta può essere revocata fino a che la accettazione non è arrivata a notizia del proponente. È questo principio medesimo, nella sostanza sua, da condannarsi affatto. Che l'accettazione si possa revocare fino a tanto che non è giunta al proponente, o giungendo la revoca insieme all'accettazione, è cosa evidente, epperò da tutti am-

Digitized by Google

messa; ma che la proposta si possa revocare nel tempo in cui il proponente sta aspettando la risposta del destinatario, a buon diritto è escluso dalle generalità delle legislazioni.

E di vero, chi propone ad altrui un contratto, è riputato fare una proposta seria, e quindi chi la riceve e accetta deve far conto che il contratto avrà il pieno suo effetto, se appena la sua accettazione venga spedito a tempo affinchè non arrivi in ritardo. E che l'accettante deve fare questo conto, anche deve il proponente pensare per il primo. Ma se ciò è, come è egli possibile accordare al proponente la facoltà di revocare la proposta dopo che questa è arrivata al destinatario? La fede contrattuale non consente nè che il proponente pretenda tal cosa, nè che il legislatore gliela accordi. Non vale in contrario che tra presenti possa benissimo il proponente revocare la proposta, mentre colui a cui questa è diretta sta riflettendo se accettarla o no. Imperocchè non può appunto tra presenti tal cosa verificarsi, se non perchè colui a cui è fatta la proposta non vuole rispondere subito, cioè di suo arbitrio differisce la risposta; mentre fra assenti la revoca permessa al proponente posteriormente all'arrivo della proposta, renderebbe ugualmente inefficace una accettazione data immediatamente e una accettazione differita, e non ancora fatta quando la revoca della proposta arrivasse. Non è soltanto un incomodo arbitrariamente recato all'assente accettante il revocare la proposta accettata, è una ingiustizia, una vera lesione che si fa del suo diritto di reputare vincolato a sè il proponente dal momento dell'arrivo della proposta fino a quello in cui egli riceverà l'accettazione, e di ciò reputare in virtù del fatto stesso del proponente, che non poteva non essere considerato come serio fatto, cioè come una proposta maturata abbastanza per essere definitiva. Se non ostante il proponente revoca la proposta, l'accettante ha diritto di considerare la revoca come non avvenuta, se nell'accettazione egli persiste, nè il suo diritto può tradursi in mera azione di danni, se non quando il contratto

Digitized by Google

non si possa far rispettare indipendentemente dal concorso della volontà del promittente, sia p. es. un contratto per cui l'offerente si obbligava a un fare, invece di essere p. es. un contratto in cui egli si obbligava ad un dare. È la manutenzione del contratto, che l'assente accettante ha diritto di pretendere in confronto dell'offerente che revoca la proposta senza essersi anticipatamente riservato il diritto a questa revoca, e l'azione relativa non può appunto consistere in una mera azione di danni. E certamente l'art. 36 cod. comm. it., obbligando il revocante a risarcire il danno se l'altra parte abbia impreso l'esecuzione del contratto, riconosce implicitamente che l'assente, a cui una proposta di contratto è stata fatta, aveva diritto di considerar vincolato a sè il promittente, mentre, in pari tempo, come osserva il Bolaffio, nega implicitamente lo stesso diritto che concede al promittente di non reputarsi vincolato all'accettante dalla proposta che gli ha fatta.

E dunque, la giurisprudenza italiana civile non deve seguire, poichè obbligata non vi è, la dottrina del codice mercantile circa la revocabilità della proposta di contratto fra assenti, sino a che il proponente non abbia avuto notifica della accettazione; non deve seguirla, perchè irrazionale per sè medesima, e come tale riconosciuta dallo stesso legislatore, quando questi, subito dopo averla enunciata, la disdice nello effetto suo, accordando risarcimento all'accettante, cui la revoca della proposta perviene bensì quando egli aveva ragione di non più aspettarla, ma pure in tempo opportuno secondo il disposto dello stesso legislatore. D'accordo colla ragione, colle esigenze della fede contrattuale, con quelle dell'opportunità pratica, e con quasi tutte le legislazioni contemporanee, la giurisprudenza civile nostra deve invece riconoscere al proponente il diritto di revocare la proposta soltanto fino a che questa non sia arrivata, o contemporaneamente a questo arrivo, a meno che egli siasi fin dal principio riservato espressamente il diritto di revocare la proposta prima che non gli sia perve

Digitized by Google

nuta risposta di accettazione. E ciò ammesso, non avrà neppur luogo la nostra giurisprudenza civile di porre la questione del risarcimento del destinatario della proposta, in seguito alla revoca di questa.

Già altri hanno propugnato l'inapplicabilità della dottrina dell'art. 36 cod. comm. it. nella contrattazione civile fra assenti; tra gli italiani FERD. BIANCHI (*l. c.*), e tra i forestieri VALÉRY (*l. c.*). Io consento con questi perciò che riguarda in particolare la revoca della proposta del contratto.

Comprendo però che a viemeglio confermare il mio suggerimento occorre dare aspetto, o, come dicono, *costruzione* civilistica, all'obbligo imposto al proponente di non revocare la sua proposta ad un assente, per tutto il tempo in cui egli sta aspettando la risposta dell'assente destinatario. E veramente io credo che bisogni qui collegare quella special tesi con una più generale, e che questa tesi ci sia. È la tesi di SIEGEL circa la efficacia obbligatoria della promessa non ancora accettabile (*Das Versprechen als Verpflichtunsgrund*, Berlin 1873). Tesi poco avvertita in Italia, mentre in Germania gode del suffragio di autorevolissimi giureconsulti, come p. es. di UNGER (*Das Versprechen als Verpflichtunsgrund*, trad. da Forlani, Trieste 1874). In Francia essa è pure stata fatta conoscere da VORMS. (*De la vo'onté unilatérale, considérée comme source d'obligations*, Paris, 1891). Il SIEGEL a ragione sostiene che in diritto moderno il principio romano *ex nulla pollicitatione nulla actio nascitur* non ha più valore, perchè i bisogni e la consuetudine hanno introdotto e moltiplicato esempî della dottrina contraria. Adduce per verità il SIEGEL taluni esempî che si possono altrimenti spiegare, come l'offerta all'asta, il *negotium claudicans*, la promessa a vantaggio di un terzo; ma sono invece esempî genuini, e che veramente hanno oggidì, per la frequenza loro, importanza pratica grandissima e sempre crescente, le promesse pubbliche (*Auslobungen*), le obbligazioni al portatore, e fors'anche le accettazioni cambia-

Digitized by Google

rie. Qual meraviglia adunque, egli dice, che il promittente ad un assente rimanga obbligato per il solo fatto di avere promesso, obbligato cioè a non rivocare, per un certo tempo, la promessa, poichè vi ha pur pratico bisogno di ciò? Non è un principio giuridico isolato codesto, è uno dei tanti dello stesso genere, ed esso, come ognuno degli altri, concorre con questi tutti a dar occasione e fondamento al principio del gius civile moderno, che la semplice promessa può essere fonte di obbligazione, dell'obbligazione cioè di non revocarla. Può essere fonte di obbligazione, ma non lo è sempre; e quando lo è? Tutte le volte che l'uso, la consuetudine, come appunto accade rispetto alla promessa ad un assente, lo consente e lo esige, se però la consuetudine è riconosciuta fonte del diritto, lo che è negato dall'art. 48 delle nostre dispos. trans. civili 30 novembre 1865.

È pur troppo vero però che qualche valente giureconsulto italiano, L. Coviello p. es. (*Giur. it.* 1895, 1, 1, 820 e seg.), pur riconoscendo « preferibile sotto ogni rapporto » il sistema che divieta la revoca della proposta posteriormente all'arrivo di questa presso il destinatario, sostiene nondimeno che se, vigendo il sistema opposto, quello cioè del codice di commercio italiano, il proponente rinunzi, mentre fa la proposta colla facoltà di revocarla, codesta rinunzia non gl'impedisca la revoca e lo obblighi soltanto a risarcimento di danni. Io non posso che respingere codesta dottrina, contraddittoria del resto al riconoscimento che fa il Coviello medesimo della razionalità del sistema della irrevocabilità della proposta giunta al destinatario. E la respingo per la stessa ragione detta sopra, che cioè non è ammissibile azione di danni per *mancata conclusione* del contratto, quando manca il potere di far venir meno codesta conclusione; non vi ha infatti nessuna differenza fra l'irrevocabilità della proposta statuita dalla legge, e quella statuita dalla convenzione. Lo stesso Coviello giustamente osserva che, nel sistema del codice di com-

Digitized by Google

mercio italiano, la clausola aggiunta alla proposta, di rinunciare alla revoca, obbliga di per sè sola il proponente, ma se lo obbliga, come deve essergli lecito di revocare non ostante la proposta, prestando soltanto l'*id quod interest* al destinatario?

Momento perfezionativo del contratto fra assenti. — D'onde la questione circa il momento perfezionativo dei contratti fra assenti o *per corrispondenza?*

Dall'ovvio riflesso che due momenti diversi, due fatti distinti e successivi decidono della effettuazione di quel contratto, e degli effetti del consenso dei contraenti: il momento, il fatto, dell'accettazione per parte del destinatario della proposta, e il momento, il fatto, della cognizione che il proponente viene ad avere che l'accettazione della sua proposta è accaduta. Di fronte a codesto riflesso sorge naturale e spontanea la domanda, se il contratto si debba reputare esistente e perfetto nel primo momento in cui le due volontà si sono trovate d'accordo, oppure nel secondo momento, prima del quale uno dei contraenti, e precisamente quello che diede occasione al contratto, il proponente, nulla poteva intraprendere onde dargli effetto dal canto suo, perchè appunto ignorava che la sua proposta fosse stata accettata.

Un argomento si presenta subito onde preferire il secondo dei detti due momenti, ed è quello della mancata « conoscenza reciproca », come diceva il Mancini in seno della Commissione per la riforma del codice di commercio, in entrambi i contraenti, del concorso delle loro volontà, finchè il proponente non abbia avuto notizia dell'accettazione. E questo è infatti il capitale argomento, mille volte addotto, onde preferire il secondo dei due momenti in discorso, per collocarvi la perfezione del contratto fra assenti.

Ma anche subito io avverto che codesto argomento non è tanto fondato e forte, quanto facile ad escogitarsi. Esso poggia in sostanza sul preconcetto che il contratto fra assenti

Digitized by Google

debbasi regolare colle stesse norme del contratto fra presenti, il che è una petizione di principio. Se vero fosse non potersi concepire contratto fra assenti prima che anche il proponente conosca l'avvenuto concorso della volontà sua con quella dello accettante, come mai sarebbe possibile derogare a questa necessità logica nei casi in cui il proponente abbia richiesto l'immediata esecuzione della proposta accettata, o questa esecuzione immediata risponda alla natura stessa del contratto, p. es. del mandato, della commissione, o di un contratto reale qualunque? Eppure anche questo ammettono i partigiani del cosiddetto sistema dell'*informazione*, e lo ammette l'art. 36 cod. comm. italiano (1).

Non può essere quella, adunque, giustificazione sufficiente del cosiddetto sistema dell'*informazione;* chi preferisce codesto sistema deve cercare qualche altro e migliore argomento, il quale anzitutto lo esima dal cadere in contraddizione con sè medesimo.

Ma prima di procedere oltre nello studio della quistione, è bene riassumere brevemente la storia e lo stato attuale di essa.

Al diritto romano vanamente si ricorre per risolverla. Quantunque il contratto per corrispondenza non potesse essere molto in uso in tempi in cui le comunicazioni erano tanto poco pronte e sicure, e il commercio coll'estero poco sviluppato, non era però sconosciuto ai Romani. È menzione infatti di contratti *per epistolam*, oppure *per nuncium*, semplice portavoce del mittente, in molti luoghi dei classici, e in non pochi passi della collezione giustinianea. Di questi ultimi ricorda molti il Valéry (*op. cit.*, p. 17): L. 2, pr. Dig., *de pactis;* L. 2 § 1, Dig., *de o. et a.*: L. 31 pr., Dig., *de neg. gest.;* L. 1 § 1, Dig., *de proc. et defens.;* L. 1 § 1. L. 12 § 12, L. 34

(1) Di ciò conviene in sostanza anche l'illustre Pescatore (*Arch. giur.*, XII, p. 417).

Digitized by Google

pr. L. 62 pr. e § 1, Dig., *mandati;* L. 5, L. 14 § 3, L. 15, L. 24, L. 26, Dig., *de pec. constit.;* L. 24 pr.; L. 26 § 2, L. 28, Dig., *depositi*; L. 34 § 1, Dig. *de pign. et hyp.;* L. 4 Dig., *de fide instrum.;* LL. 10, 27, 32 e 33, Dig., *de donat.;* L. 65, Dig. *de acquir. rer. dom.* Ciò nondimeno i giureconsulti romani non apparisce che abbiano mai pensato alla quistione del momento perfezionativo del contratto fra assenti. Si adduce infatti a favore della dottrina della *dichiarazione* il § 6 *I., de v. o.*, dove è detto che la condizione, consistente in un fatto passato o presente, non sospende propriamente l'obbligazione, e se ne inferisce che anche l'accettazione emessa, ma non saputa ancora dal proponente, non differisce la perfezione del contratto. Ma l'accettazione della proposta non è condizione del contratto, bensì elemento integrante di questo, e non è fatto anteriore o contemporaneo, ma posteriore alla proposta, cioè alla comunicazione di questa. Si adduce pure la L. 65 Dig., *de acquir. rer. dom.*, dove è detto che la missiva consegnata al tabellario o scrivano divien subito proprietà di colui a cui è spedita, e se ne inferisce che l'accettazione della proposta di un assente è fatta al proponente non appena sia stata consegnata alla posta o ad altro intermediario, che non sia un mandatario. Ma la proprietà della risposta non è a confondersi con la efficacia di essa a perfezionare il contratto, perchè non implica per sè stessa cognizione di ciò che la risposta contiene. Si adduce del pari la L. 6 Cod. *de repud.* dove è detto che il matrimonio si dissolve benchè il libello del repudio non sia stato consegnato al marito e da questo conosciuto, e se ne inferisce che anche la risposta di accettazione, una volta emessa, deve produrre senz'altro l'effetto di perfezionare il contratto. Ma il repudio è appunto dissoluzione, e non stipulazione di contratto. — Ed a favore della dottrina dell'*informazione* si adduce la L. 1 pr. Dig., *de v. o.*, dove è detto che, se ambedue i contraenti non parlano, o se uno dei contraenti parla per mezzo di un terzo, non vi può

Digitized by Google

essere stipulazione, e se ne deduce che, prima che l'accettante non si faccia presente al proponente col mezzo della sua risposta arrivata, non vi può essere contratto. Ma quel passo parla soltanto della stipulazione, contratto verbale e formale. Si adduce pure la L. 2 pr., Dig., *de pactis*, dove è detto potersi convenire anche *per epistolam vel per nuntium* e *inter absentes,* e se ne deduce che l'epistola di un contraente deve essere arrivata all' altro, assente, affinchè contratto ci sia. Ma appunto il giureconsulto Labeone nulla dice in proposito, e quindi l'illazione rimane un *quod erat demonstrandum.* Si adduce del pari la L. 1 § 1, Dig., *mandati*, dove è detto potersi il mandato accettare anche per lettera, ma neppur qui è detto se la lettera con cui il contratto si perfeziona debba essere arrivata al destinatario, oltrechè neppur si dice se la lettera, a cui si allude, sia una proposta o una risposta.

La questione è stata sollevata e trattata nei tempi moderni, dopochè le occasioni pratiche ne erano divenute frequentissime. Romanisti, filosofi del diritto e civilisti da gran tempo la prendono in considerazione, benchè la trattazione ne sia venuta diventando più seria ed ampia, e la discordia delle opinioni anche maggiore col progresso dei commerci da una parte, degli studi e del metodo giurisprudenziali dall'altra.

E due furono naturalmente le soluzioni, fra le quali si divisero i giureconsulti: quella che oggi si dice della *dichiazione* (anche *estrinsecazione*, *Ausserung* secondo Regelsberger, *agnizione*, secondo altri), e quella che oggi si dice dell'*informazione* (anche recognizione, *Recognition*, secondo Vangerow, o *Rescission* da *rescisco*, secondo Dahn); la prima avente per perfetto il contratto nel momento in cui l'accettazione viene estrinsecata dal destinatario della proposta, e la seconda avente per tal momento quello in cui il proponente viene a conoscere l'accettazione della sua proposta. Modernamente l'una dottrina e l'altra si scissero in più, nel determi-

Digitized by Google

nare il preciso momento, sia della emissione della accettazione, sia della ricezione di questa, ed anche vi fu chi escogitò dottrine medie fra le due fondamentali; ma prima vogliono essere passati in rivista i fautori di ciascuna di queste.

La dottrina della *dichiarazione* è stata seguita da Grozio, *De jure b. et p.*, p. II, c. XI, § 15, rispetto ai contratti gratuiti, ma non rispetto ai contratti bilaterali. Volfio, *Instit. jur. nat. et gent.*, p. III, c. 14, § 715, è per la dichiarazione fino a tanto che non si possa presumere che il promittente abbia altra intenzione. Furono incondizionatamente per la dichiarazione: Cujaccio, *Observ.*, XIII, c. 31; Lauterbach, *Diss, de nuntio*, c. VII, § 25; Casaregis, *Disc.*, XXXVIII, nn. 51, 52; Struvio, *Exercit. ad Pand.*, XI, De Luca, *De cred.*, disc. LI, n. 6; Brunnemanno, *Comm. ad L. 1, Dig., mandati;* Pacioni. *De locat.*, c. 16, n, 38; Salgado, *Labyr. cred.*, I, c. 30, n. 19; Surdo, *Cons.*, 136, Pothier, *Vente*, n. 32. Nel secolo nostro essa fu seguita in Germania: da Savigny. *System d. h. R. R.*, VIII, § 371, n. 6; Wening-Ingenheim *Arch. f. d. Civ. Prax.* I, 267; Thöl, *Handelsr.*, § 57; Puchta, *Pand.*, § 251; Scheurl, *Jahrbüch. di* Jhering, II, p. 259; Blume, *Encyclop.*, II; Meyer, *De confl. legum.* 4. 59; Sintenis, *Das pract. gem. Civilr.* II, § 36; Koch, *Das Recht der Obligat.*, II, § 271; Lytten, *Quo temp. pactum inter abs. perfici videatur;* Zachariae, *Dr. civ. franc.*, § 343; — in Francia: da Duranton, XVI, n. 25; Marcadé, IV, n. 395; Vincent, *Législ. commerc.*, p. 40, n. 95; Boncenne, et Bourbeau, *Théor. de la procéd.* VI, p. 162; Demolombe, *Obblig.*, I, n. 75; Duverger, *Vent*, n. 54, 59; Bélime, *Philos. d. droit*, II, p. 434; Aubry et Rau, IV, § 343; Lyon Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 629-631, 676; Guillouard, *De la vente et de l'échange;* Girault, *Des contrats par correspondance*, n. 69; Valéry, *op. cit.*, p. 136 e segg.; Boileux, *Comm. du code Nap.*, VI, p. 349; Foelix, *Tr. d. dr. int. priv.*, I, n. 105; — nel Belgio: da Molitor, *Les obligat.*, I, n. 49; — in Italia:

Digitized by Google

da SERAFINI, *Il telegrafo in relaz. alla giur. civ. e comm.*, Pavia, 1862; PIGOZZI, *Archivio giur.*, VI, p. 3-59; BOLAFFIO, *id.*, XXIX, p. 505; FIORE, *Dir. int. pr.*, append. al § 247 (questi era stato prima fautore della dottrina dell'*informazione)*; SUPINO, *Arch. giur.*, XIII, p. 521; CIPELLI, *Della vendita comm. fra assenti;* PACIFICI-MAZZONI, *Legge*, 1872, I, 77; CENERI, *Lez. di dir. rom;* DOVERI, *Inst. di dir. rom.;* DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Annali di giurispr. it.*, III, p. 30; BORSARI, *Comm. cod. comm. it.*, § 105; — in Inghilterra e negli Stati Uniti: da STORY, *Comm. on the confl. of laws for. and dom.*, ch. VIII. § 283; WHARTON, *Treatise on the conflict of laws*, §§ 421, 422; CHITTY, *Law of contract*, p. 14; POLLOK *Princip. of contrt.* p. 663.

La dottrina della *informazione* fu seguita: da GROZIO, (v. sopra) pei contratti bilaterali; HEINECCIO, *Praelect.*, in H. GROT, 15; PUFENDORF, *Jus nat. et gent.*, III, c. 16, § 15; HERT, *De collis: legum*, § 16 e segg.; DARIES, *Instit. jurispr. univ.*, § 415; MUEHLENBRUCH, *Doct. Pand.*, § 331. — Nel secolo nostro essa fu seguita in Germania: da MITTERMAIER, *Arch. f. d. Civ. Prax.*, XIII, p. 316; WAECHTER, *id.*, XXV, p. 45; HASSE, *Rhein. Mus.*, II, p. 371; BEKKER, nei suoi *Jahrb.*, III, p. 116 e segg.; REGELSBERGER, *Civilrecht. Erörter*, fasc. I: — nel Belgio: da MAYNZ, *Dr. rom.*, II, § 200, n. 11; LAURENT, *Principes*, XV, § 479; e *Dr. civ. int.* VII, § 417; WURTH, *ap.* VALÈRY, l. c. p. 128; RAMUR, *Le code belge revisé*, I, n. 250; — in Olanda: da ASSER, *De telegraphe in hare Rechsgevolgen*, p. 87; — in Francia: da FLANDIN, *Revue du notariat*, X, p. 569; ALAUZET, *Comm. code comm.*, n. 111; DELAMARRE et LE POITEVIN, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 99; MASSÈ, *Dr. comm.*, I, n. 579; TROPLONG, *De la vente*, I, n. 25; TOULLIER, VI, n. 29; ROBERT, *Des contr. par corresp.;* PARDESSUS, *Dr. comm.*, I, 250; DALLOZ, *Rép.* voce *Lettres missives;* LAROMBIÈRE, *Théor. et prat. des oblig.* n. 21; — in Italia: da PRECERUTTI, *Dir. civ..*, n. 709; PESCATORE, *Arch. giur.*, XII,

Digitized by Google

p. 412; LUZZATTI, *Della trascriz.* I, 29; REGNOLI, *Annali di giurispr. it.*, 1880, III, 98; SCHUPFER, *Obblig.*, p. 117; ROCCO, *Dir. int. priv.*, III, c. 171; BASEVI, *Annot. prat. al cod. civ. austr.*, § 862; ESPERSON, *Il principio di nazionalità* p. 136; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, I, § 54; e altri, fra i quali io stesso, in una nota inserita nel *Foro italiano*, 1881, I, 621. (1).

Le legislazioni positive sono del pari divise fra le due dottrine.

Sono per la perfezione del contratto nel momento dell'arrivo della accettazione al proponente: il codice civile austriaco, § 862; il codice civile della Luigiana, art. 1796-1803; il codice di commercio del Chilì, art. 98; il codice di commercio italiano, art. 36; il codice civile spagnuolo, art. 34; il codice di commercio rumeno, articoli 35-38 (che sono una riproduzione dell'art. 36 cod. comm. it.). — Sono per la perfezione del contratto nel momento della accettazione dichiarata: il codice di commercio austriaco, § 231 (discorde dal § 862; cod. civ. austr.); i codici di commercio del Messico, art. 222; del Perù, art. 185, del Nicaragua, art. 133; il codice civile bavarese, art. 321; il codice di commercio ungherese, § 318; il codice di commercio portoghese, art. 234; la legge sulle obbligazioni per l'India inglese (VALÉRY, *op. cit.*, p. 238); la legge svizzera sulle obbligazioni del 1883, art. 8; il codice di commercio tedesco, art. 321; il codice civile sassone, §§ 814-818; il codice di commercio del Würtemberg, art. 289; il progetto del codice civile germanico, §§ 82-86, 2ª *lettura*, i quali tre ultimi codici contengono in sostanza gli stessi principii, cioè dipendere l'efficacia del contratto dall'essere l'accettazione arrivata in tempo al proponente, e considerano l'accettazione

(1) Quasi tutte le precedenti citazioni ho desunto dall'opera del VALÉRY, (p. 128 e segg.) e da una *nota* dell'avv. RUTIGLIANO, nel *Foro it.*, 1878, I. 410. Non tutte le citazioni ho potuto verificare; non mi tenga quindi responsabile il mio lettore delle inesattezze che per avventura vi riscontri.

Digitized by Google

tardiva come una proposta nuova; e il progetto di codice civile giapponese, art. 329 (VALÉRY, *op. cit.*, p. 247-48).

Come gli scrittori ed i legislatori, così pure, dove una legge positiva non definisce il momento perfezionativo del contratto fra assenti, la giurisprudenza oscilla fra la dottrina della *dichiarazione* e quella dell' *informazione.*

In Francia, p. es., non si può dire che nessuna delle due dottrine prevalga nella giurisprudenza; vi hanno moltissime decisioni per l'una e per l'altra (V. VALÉRY, *op. cit.*, p. 128 e 130).

In Italia la giurisprudenza ha qualche volta adottato la dottrina della *dichiarazione;* ma senza paragone prevalente è il numero delle decisioni che adottarono la dottrina dell'*informazione.* Locchè si comprende facilmente al riflettere che la seconda dottrina è stata accolta dal codice di commercio italiano, e doveva per ciò solo raccomandarsi di preferenza anche nel campo del gius civile comune. Seguirono la dottrina della dichiarazione, p. es., i giudicati seguenti: App. Genova, 3 marzo 1863 (*Monit. trib.*, Milano, 1863, 839); App. Napoli, 5 aprile 1881 (*Annali*, 1881, I, 384, e *Foro it.*, Rep. 1881, voce *Contratto*, n. 7); App. Trani, 28 febbraio 1878 (*Giur. comm.*, 1878, 78, e *Foro it.*, Rep. 1878, detta voce, n. 8), e 16 decembre 1880 (*Giur. comm.*, 1882, I, 95); App. Genova, 22 febbraio, 1878 (*Giur. comm.*, II, 38); App. Lucca, 27 febbraio 1879 (*Foro it.*, 1879, I, 1276). Seguirono invece la dottrina della informazione, p. es., i giudicati seguenti: Cass. Firenze. 29 gennaio 1862 (*Monit. trib.*, Milano, 1862, 329); App. Genova, 21 luglio 1862 (*id.*, 1863, 978); Cass. Torino, 22 maggio 1865 (*id.*, 1865, 848); Cass. Firenze, 21 decembre 1868; App. Lucca, 18 luglio 1870 (*Annali*, 1870, 2, 254); Cass. Torino, 22 decembre 1871 (*Monit. trib.*, 1872, 35) e 25 luglio 1873 (*id.*, 1873, 1079); Cass. Roma, 17 gennaio 1873 (*Riv. Gen.*, 1874, 1055); App. Milano, 17 giugno 1876 (*Monit. trib.*, 1876, 1127, e *Foro it.*, Rep. 1876, voce *Contratto*, n. 3); App. Lucca, 18 lu-

Digitized by Google

glio 1870 (*Riv. Gen.*, 1873, 177); Cass. Torino, 22 dicembre 1870 (*Monit. trib.*, 1872, 35), 25 luglio 1873 (*Riv. Gen.*, 1874, 1055), 21 aprile 1876 (*Foro it.*, 1876, I, 613, con nota di richiami), 27 novembre 1877 (*id.*, 1878, I, 410, con nota dell'avv. Rutigliano); App. Genova, 10 luglio 1877 (*Eco giur.*, 1877, 593, e *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Contratto*, n. 4); App. Milano, 17 giugno 1876 (*Monit. trib.*, 1876, 1127 e *Foro it.*, Rep. 1876, voce *Contratto*, n. 3); Trib. Genova, 23 marzo 1877 (*Giur. comm.*, I, 27 e *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Contratto*, n. 3); App. Messina, 27 decembre 1880 (*Foro it.*, 1881, I, 162); Cass. Firenze, 4 luglio 1878 (*Annali*, 1878, 2, 228 e *Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 10-12); Pret. Modena, 11 aprile 1878 (*Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 7); App. Firenze, 4 luglio 1878, (*Annali*, 1878, 228, e *Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 12); Cass. Torino, 15 settembre 1882 (*Annali*, 1882, I, 455 e *Foro it.*, Rep. 1882, detta voce, n. 23) e 26 aprile 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 621, con mia nota); App. Casale, 19 novembre 1886 (*Giurispr.*, Torino, 1887, 24, e *Foro it.*, Rep. 1887, voce *Contratto*, n. 3); App. Torino, 16 settembre 1887 (*Giurispr.*, Torino, 1887, 685 e *Foro it.*, Rep. 1887, detta voce, n. 5); Cass. Napoli, 25 maggio 1887 (*Diritto e giur.*, III, 101 e *Foro it.*, Rep. 1887, detta voce, n. 2); e 20 giugno 1888 (*Legge* 1889, I, 192 e *Foro it.*, Rep. 1888, detta voce, n. 4); App. Catania, 16 maggio 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 707); App. Trani, 20 febbraio 1891 (*Riv. giur. Trani*, 1891, 167 e *Foro it.*, Rep. 1891, voce *Contratto*, n. 29); Cass. Torino, 4 febbraio 1891 (*Giurispr.*, Torino, 1891, 153 e *Foro it.*, Rep. 1891, detta voce, n. 27-28); App. Roma, 12 decembre 1891 (*Temi romana*, 1891, 505 e *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, n. 22); App. Genova, 20 febbraio 1892 (*Giurista*, 1892, 134 e *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, n. 21); Cass. Firenze, 2 febbraio 1893 (*Temi veneta*, 1893, 119 e *Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 36); App. Trani, 18 febbraio e 8 luglio 1893 (*Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 34-35); App. Roma, 9 ottobre 1894 (*Temi romana*, 1894, 460 e *Foro it.*,

Digitized by Google

Rep. 1894, detta voce, n. 25); App. Genova, 3 marzo 1894 (*Temi gen.*, 1894, 210 e *Foro it.*, Rep. 1894, detta voce, n. 27); Cass. Torino, 19 giugno 1896 (*Foro it.*, 1897, I, 21).

Io pure sono d'avviso nel campo della scienza, e quindi anche in quello del diritto civile italiano, che il momento perfezionativo del contratto *per corrispondenza* è quello in cui l'accettazione è arrivata a cognizione del proponente, a meno che la volontà espressa di questo, oppure l'indole del contratto, che sia reale, oppure che sia unilaterale come il mandato, la commissione, la fideiussione, e quindi la volontà presunta del proponente, facciano reputare tal momento quello dell'accettazione della proposta.

Razionalmente e praticamente la dottrina dell' *informazione* pare a me doversi preferire a quella della *dichiarazione*.

Io non dò gran peso, come ho già detto, al solito argomento della necessaria consapevolezza di entrambi i contraenti circa il loro consenso, chè altrimenti, come ho pure già osservato, non si potrebbero ammettere eccezioni di sorta alla dottrina dell' *informazione* (1).

Per me, è anzitutto un grave e decisivo motivo razionale di preferire la dottrina dell' *informazione* a quella della *dichiarazione*, il non potersi reputare definitiva l'accettazione di fronte a colui medesimo che la emette, fintantochè essa non sia arrivata al proponente. Come egli può dentro di sè rifiutare dapprima la proposta e poi accettarla, o prima accettarla e poi rifiutarla, così egli può anche revocare una qualunque risposta sua, dopo averla in qualunque modo espressa, sia che egli l'abbia espressa scrivendo sui proprî libri di commercio,

(1) Osserva giustamente VALÉRY che anche fra persone non lontane un contratto può essere perfetto prima che entrambi i contraenti abbiano notizia del loro consenso; come se, p. es. *A* sottoscriva oggi un atto notarile presso il notaro, e *B* alcuni giorni dopo; il contratto è perfetto nell'atto in cui accade la sottoscrizione di *B*.

Digitized by Google

o in una lettera al proponente, che sia rimasta presso di lui, o sia che l'abbia espressa in una lettera o in un dispaccio consegnati all'ufficio postale o telegrafico, e in questi ultimi casi *distaccata* altresì, come dicono, da sè, oltre che espressa. E la revoca può tanto consistere nel riprendere la lettera o il dispaccio non ancora spedito o consegnato, quanto nel fare pervenire al proponente, insieme alla prima risposta, o anteriormente a questa, un' altra risposta che la disdica. Tutti questi modi di revoca sono equipollenti, e ragion vuole che siano tutti egualmente consentiti al destinatario della proposta. E in realtà sono essi tutti consentiti dagli stessi fautori della dottrina della *dichiarazione*. E ciò non ha altra ragione o significato, se non che, come dissi, di fronte allo stesso accettante non è definitiva l'accettazione fintantochè al proponente non sia arrivata; d'onde logicamente viene che, in nessun momento anteriore a quello, la perfezione del contratto fra assenti si possa collocare, sicchè, p. es., se muore l' accettante prima di quel momento, la revoca dell'accettazione può essere fatta dagli eredi suoi, e se nel frattempo l'accettante doventa incapace o viene emanata legge che divieta il contratto, l'accettazione rimane senza effetto alcuno (1).

---

(1) Il chiaro giureconsulto e amico mio, danese, A. Hindenburg, è di contrario avviso sugli ultimi due punti, e lo si capisce perchè egli è partigiano della dottrina della dichiarazione. Ma a me pare che appunto non si possa concordare l'opinione sua colla premessa che fino all'arrivo della risposta di accettazione, nè il destinatario può reputarsi definitivamente obbligato, nè l'offerente può credere di esserlo dal canto suo. Hindenburg opina che la revoca in tempo dell'accettazione sia *voluntas in contrarium acta*, e ciò è certo, ma se l'accettante era obbligato per il fatto dell'accettazione, come può egli appunto disobbligarsi per volontà sua? È ancora Hindenburg d'avviso che, data la dottrina della informazione, se muore l'accettante prima che l'accettazione arrivi al proponente, cessi ogni effetto di questa, e gli eredi non sottentrino, rispetto ad essa, in luogo dell'accettante. Ma neppure di ciò io posso convenire; imperocchè l'accettazione avvenuta è un atto giuridico-patrimoniale, compiuto il quale, come tale

Digitized by Google

È anche stato più volte rimproverato ai fautori della dottrina della *dichiarazione* la contraddizione in cui essi cadono, ammettendo che l'accettante possa revocare l'accettazione fino a che questa non è arrivata al proponente. Codesta obbiezione è perfettamente logica, dato il modo in cui la dottrina della *dichiarazione* suol essere rappresentata dai fautori suoi, il qual modo però è sbagliato, come in seguito renderò chiaro. Ammesso che, come si suol dire, l'accettazione di per sè sola perfezioni il contratto fra assenti, non si scorge come essa possa essere revocata. E davvero non è scientifica la scusa del Serafini *(op. cit.*, p. 79) che così voglia l'*equità naturale*. Ma chi di questa contraddizione ricerchi il motivo, non altrove lo ritrova che nella evidenza, a cui anche i fautori della dottrina della *dichiarazione* non possono resistere, che nessuno può reputarsi impegnato da una parola che non ha ancor detto a nessuno; dal che discende la condanna di quella dottrina in nome della logica. Nè posso lodare il coraggio del Valéry *(op. cit.*, § 15, p. 157) di repudiare la revocabilità dell'accettazione, per essere coerente alla dottrina della *dichiarazione*. In questa guisa egli si trova isolato fra gli stessi fautori della dottrina che dice di seguire, ed in pari tempo rende più manifesto quel falso comun modo di rappresentare quella dottrina, a cui accennavo dianzi, e che chiarirò in seguito, col desumerne, come egli fa, tutte le logiche conseguenze.

Non si capisce del resto come e perchè coloro, i quali ripongono la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione, non reputino tal momento quello in cui una qualunque manifestazione della volontà di accettare sia acca-

---

può benissimo venir reputato dagli eredi come proprio, con tutti i suoi effetti, compreso quello della revocabilità. Altra cosa è la facoltà di accettare non ancora esercitata; questa è una facoltà personale al destinatario, sicchè, se il destinatario non l'ha esercitata, non possono i suoi eredi esercitarla per lui. Di ciò convengono anche Aubry et Rau, IV, l. 343; e Laurent, vol. 15, l. 478.

Digitized by Google

duta, che appena si possa provare. Perchè non deve bastare la significazione dell'accettazione a testimoni qualunque, o nei proprî libri dell'accettante? In realtà non sono concordi i giureconsulti di quella scuola nel determinare la espressione dell'accettazione, che si debba reputare definitiva. Alcuni, come, p. es. Cujaccio, Casaregis, Struvio, De Luca, Brunnemann, Pothier, si accontentano di una dichiarazione *stricto sensu;* altri, e sono i più, e, p. es., Aubry et Rau, Sintenis, Serafini, Wharton, Chitty, Pollok, esigono la spedizione della risposta d'accettazione; altri ancora, e, p. es., Scheurl, Regelsberger, esigono la recezione della risposta di accettazione per parte del proponente. Di tutte queste opinioni la più logica, data la premessa, pare a me la prima. Imperocchè, io dico, se basta il consenso del destinatario alla proposta inviatagli, perchè contratto ci sia, appena è lecito, per la ragione tutta estrinseca della possibilità della prova, non accontentarsi dello stesso interior consenso della volontà dello accettante con quella del proponente. Una plausibile ragione per esigere, oltre alla estrinsecazione dell'accettazione, anche la spedizione di questa, io non la scorgo, tranne quella della minor probabilità di revoca, dell'apparente maggior serietà dell'accettazione che è stata, oltrechè espressa, anche spedita. Ma in questa guisa si vulnera il principio che, non appena la proposta è accettata, il contratto è perfetto, e non si ha poi ragione di escludere che non siano necessarî anche segni esterni che l'accettazione, oltre ad esser seria, sia anche definitiva, dei quali segni il più appropriato è appunto l'arrivo dell'accettazione, non revocata, al proponente; ma per questa via si riesce alla dottrina della *informazione.* Che poi si possa esser partigiani della dottrina della *dichiarazione,* rappresentata nel solito modo, e in pari tempo esigere, onde il contratto fra assenti sia perfetto, che l'accettazione sia stata ricevuta dal proponente, io non arrivo a comprendere e mi pare un non-senso.

Vi ha però un argomento apparentemente grave a favore

Digitized by Google

della dottrina della *dichiarazione*, ed è il gran numero di legislazioni positive che l'hanno adottata. Ma io non credo che questo argomento valga in realtà quanto pare.

Prima di tutto sono di preferenza codici di commercio che adottarono quella dottrina, e si comprende che, essendo la celerità delle operazioni un vitale interesse del commercio, molte legislazioni presumano, fino a prova contraria, che l'assente accettante abbia dal proponente facoltà di subito eseguire il contratto, prima ancora che sia arrivata al proponente la risposta di accettazione, e che questa presunzione generalizzino, visto che i contratti mercantili per corrispondenza sono più frequentemente proposte accettate di vendite, e spedizioni dall'accettante al proponente, che non dal proponente all'accettante, perchè a distanza le merci più spesso si richiedono a chi le ha, di quello che si offrano a chi non le ha. Che se taluno propone ad un assente di accettare qualche cosa da lui, per qualunque titolo mercantile, suole anche domandare al destinatario risposta di accettazione; non essendo neppur concepibile che un commerciante, il quale offre la merce propria ad un altro commerciante lontano, reputi quella merce diventata di proprietà del destinatario prima che questi abbia risposto se l'accetta o no, e che il destinatario abbia ad attribuire al proponente un sentimento diverso. Ma in tal caso il principio dell'informazione viene ad essere adottato per espressa volontà dei commercianti contraenti. Nelle contrattazioni civili invece, non soltanto più frequentemente si tratta di prestazioni e spedizioni di cose mobili, ma altresì e più spesso di affari personali, o di contratti concernenti gli immobili, i quali tutti nè vi è per solito gran premura di conchiuderli, ed o non si mettono ad effetto con atti materiali, oppure codesti atti non costituiscono la parte principale della loro effettuazione.

Ma ciò che più importa porre in chiaro, è la vera differenza che intercede fra le legislazioni, siano mercantili, siano

Digitized by Google

civili, che pongono il momento perfezionativo del contratto fra assenti in quello dell'accettazione, e quelle che lo pongono invece nel momento dell'arrivata risposta di accettazione al proponente. È tempo ormai che si definisca bene codesto punto, il quale non lo è stato fin'ora, sicchè il vero significato e la importanza pratica della questione non sogliono essere esattamente compresi, e la questione viene anche ad assumere uno strano aspetto, non avvertito neppur questo, per lo invocare che fanno egualmente l'evidenza e il senso comune i fautori di entrambe le opposte soluzioni.

A sentire i difensori e gli avversarî della dottrina della *dichiarazione*, sembra che questa consista nel ritenere perfezionato il contratto fra assenti per il solo fatto dell'accettazione dichiarata o spedita, indipendentemente dallo avere il proponente avuto la risposta di accettazione. Ma così non può essere e non è, perchè tutti i codici, che adottarono quella dottrina, statuiscono che la dichiarazione di accettazione ritardata, ove il proponente non dichiari di accontentarsene, vale quale proposta nuova (V. p. es. Prog. cod. civ. germ., §§ 122, 123). Or se la risposta, non tardiva, di accettazione del contratto, è indispensabile alla perfezione di questo, ne segue che chi ripone questa perfezione nel momento dell'accettazione, ne esige in pari tempo, per condizione, la risposta di accettazione e lo arrivo di questa in tempo debito al proponente. E allora la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione non è che una *retrotrazione della condizione verificata della risposta di accettazione spedita e arrivata in tempo debito.* Ciò riconosce in sostanza anche il Koeppen *(Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden,* Jena 1871), il quale però vorrebbe distinguere l'obbligazione dal contratto, facendo sorgere la prima dopo l'arrivo della risposta di accettazione al promittente, e retrotraendola al momento dell'accettazione, e il secondo reputando perfetto all'atto di questa; distinzione

Digitized by Google

inammissibile, perchè incomprensibile, non essendo possibile separare l'obbligazione dal contratto.

Non altro che l'anzidetto è il vero significato della così detta dottrina della *dichiarazione*. È un collocare la perfezione del contratto in un momento anteriore al compimento di tutti gli estremi o requisiti di esso, e in particolare dell'estremo della risposta e dell'arrivo della risposta di accettazione; non è già, come pare a molti, un avere un differente concetto di codesti estremi, da quello che hanno i fautori della dottrina dell'*informazione*. Mentre in questa seconda dottrina la perfezione del contratto fra assenti coincide col verificarsi di tutti i detti estremi, in quella prima invece essa è collocata in un momento anteriore, al verificarsi cioè di un solo estremo, l'accettazione, momento però che tale diventa soltanto per virtù, e propriamente virtù retroattiva, del verificarsi anche degli altri estremi, cioè dell'ultimo di questi, l'arrivo al proponente della risposta di accettazione. Ciò che nella seconda dottrina accade più tardi, nella prima accade più presto, perchè si retrotrae in questa ciò che in quella trae invece a sè ciò che è accaduto prima. Nella seconda dottrina l'accettazione si confonde con l'arrivo suo al proponente; nella prima invece questo si confonde con quella. Non vi ha quindi una differenza sostanziale fra le due dottrine, perchè i medesimi estremi della perfezione del contratto si richiedono in entrambe; soltanto queste differiscono nel rapporto che fra quegli elementi stabiliscono; ma l'effetto pratico di tal differenza, per sè medesima non essenziale, non è tuttavia piccola, perchè nella dottrina della *dichiarazione* gli effetti giuridici del contratto fra assenti vengono a cominciare prima che nella dottrina dell'*informazione*.

Tutte queste cose non avvertono nè i soliti propugnatori, nè i soliti critici della dottrina della *dichiarazione*. Quanto ai primi, è questa appunto la fallace rappresentazione a cui io ho accennato più volte sopra, della stessa loro dottrina. Inconsultamente quindi essi prestano il fianco all'obbietto mi-

Digitized by Google

cidiale: che, se con l'accettazione il contratto si perfeziona, non è più possibile revoca di questa. Ed i secondi, inconsultamente del pari, reputano siffatta obbiezione radicata veramente nella sostanza della dottrina che combattono, anzichè nel modo in cui questa viene presentata.

Poste queste cose, meglio si capisce ciò che io dicevo poc'anzi circa il prevalere la dottrina della *dichiarazione* nei codici mercantili, perchè più spesso nella contrattazione mercantile che nella civile vi ha interesse, e quindi si può presumere la volontà del proponente ad un destinatario lontano, che la proposta, appena accettata, venga subito eseguita. La retrotrazione cioè dell'effetto dell'essersi verificati tutti gli estremi del contratto, al momento dell'accettazione, può ben reputarsi di regola esser voluta dal proponente un contratto mercantile. Ed anche meglio si capisce come il prevalere questa dottrina nei codici mercantili non infirmi per nulla i motivi razionali coi quali essa vien combattuta; imperocchè, mentre le due dottrine della *dichiarazione* e della *informazione* concordano nel concetto degli estremi necessari alla perfezione del contratto per corrispondenza, il motivo vero per cui la prima ripone il momento di quella perfezione in un tempo anteriore a quello in cui lo ripone la seconda, anzichè razionale, è *pratico*, *tutto pratico*, cioè la celerità degli scambi, celerità importante specialmente nel commercio vero e proprio, ma che alcuni legislatori reputano, a torto io credo, importante del pari, e per regola generale, anche nel commercio civile ordinario.

E in pari tempo le esposte considerazioni comparative circa le due apparentemente opposte dottrine non aprono neppure la via a sovvertire l'argomentazione fatta più sopra contro la razionalità della dottrina della *dichiarazione*. Non è a credersi cioè che veramente la costruzione razionale del contratto fra assenti si possa indifferentemente fare nell'uno e nell'altro dei due modi, che ho detto insiti nelle due opposte dottrine. Quando io

Digitized by Google

ho affermato sopra non potersi il contratto fra assenti reputar perfetto di fronte allo stesso accettante, per tutto il tempo in cui il proponente può aspettare la risposta di accettazione, perchè per tutto questo tempo l'accettazione non è definitiva per l'accettante medesimo, il quale può sempre pentirsi, io facevo certamente un obbietto alla dottrina della *dichiarazione*, non solo razionale, ma adeguato. Adeguato, perchè rispondente a quella possibilità di revoca dell'accettazione, che è insita nel concetto stesso del contratto fra assenti, e che quindi presiede in certa guisa ad ogni singolo contratto di questa specie, quando ne vien posto il germe con la proposta iniziale. La dottrina della *dichiarazione* invece, mentre non è a dirsi propriamente irrazionale, come pure la chiamano molti che non ne hanno penetrato la vera differenza dalla dottrina dell'*informazione*, è però inadeguata al subietto, perchè non conviene che ai casi in cui l'accettazione, oltrechè spedita in tempo al proponente, non sia stata in tempo revocata. O, a dir meglio, essa non risponde al concetto astratto della contrattazione fra assenti, il quale concetto racchiude in sè la possibilità della revoca dell'accettazione, ma bensì e soltanto conviene ai contratti di quel genere conclusi, e una volta conclusi, per essere stata quella possibilità senza effetto. Il che pure sogliono non avvertire i fautori della dottrina della *dichiarazione;* è anzi questo l'error medesimo che io ho rilevato in essi più sopra, per cui non sanno come conciliare la dottrina loro colla revocabilità dell'accettazione; l'errore di non accorgersi che anche per essi la risposta di accettazione è propriamente necessaria alla perfezione del contratto, che soltanto l'efficacia di questa risposta essi riportano ad un momento anteriore, che, per conseguenza, la dottrina loro suppone il contratto fra assenti già perfezionato in tutte le parti sue, e queste in un dato modo compone, non contempla già il contratto nel *fieri* suo, dal principio alla fine. E ciò essendo, se la dottrina della *dichiarazione* non è propriamente a dirsi

Digitized by Google

irrazionale, è però certamente *meno razionale* di quella della *informazione*. Imperocchè, se in realtà l'assente accettante non può reputar definitiva di fronte a sè medesima l'accettazione sua, fino a che non sia decorso il periodo dentro il quale può revocarla — la qual revoca, si noti bene, non è, in astratto, esclusa neppure dal fatto dell'esecuzione già compiuta (1) — non è propriamente conforme a ragione che neppur si finga perfetto il contratto in un momento in cui l'accettante sapeva in realtà che non lo era, appunto perchè l'accettazione sua egli stesso non poteva considerare come definitiva di fronte a sè medesimo. E poi vi ha anche un altro grave motivo di non reputare razionalmente corretta la costruzione del contratto fra assenti, che ho detto insito nella dottrina della *dichiarazione*. Ed è che la retrotrazione della conferma dell'accettazione, non revocata, al momento in cui l'accettazione è stata emessa, considera questa come una *conditio adimpleta*, mentre, come tutti sanno, non è vera e propria condizione quella *si volam, si voluerim*.

In fin dei conti, in virtù delle considerazioni suesposte, la questione della scelta fra le due dottrine si riduce a dimandare, se la minore razionalità della figura giuridica ravvisata nel contratto fra assenti dalla dottrina della *dichiarazione*, sia compensata o no dal vantaggio pratico, accennato sopra, della maggiore celerità degli scambi, specialmente mercantili. Il porre la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione non è, neppure per i seguaci di questa, una

---

(1) È gratuita asserzione e petizione di principio quella di Vincens (*Exposit. rais. de la législ. commerc.*, Paris 1834, p. 47, nota) che sarebbe giudicato disonesto commerciante quello che corresse dietro alla merce già spedita al proponente, e la ripigliasse prima che questi avesse notizia dell'accettazione. Nel caso di fallimento dichiarato o temuto del proponente, quello sarebbe anzi un atto non solo lecito giuridicamente e moralmente, ma anche doveroso nell'interesse proprio dell'accettante.

Digitized by Google

esigenza della logica, è qualche cosa di *voluto*, piuttostochè di *razionalmente necessario;* e quindi è a dimandare se cotesta volontà, che forza la logica, sia giustificata abbastanza dal fine pratico a cui mira. Sono questi i veri e ultimi termini della critica di quella dottrina, e, quindi, in generale, della questione circa il momento perfezionativo del contratto fra assenti. Esaminerò più tardi codesto punto; intanto proseguo ad esporre i motivi razionali di preferire alla dottrina della *dichiarazione* quella della *informazione.*

Se l'accettante non può considerare definitiva di fronte a sè stesso l'accettazione propria, fintanto che non sia passato il tempo durante il quale può revocarla, eseguita o no, il proponente, dal canto suo, non può reputarsi vincolato definitivamente al destinatario assente, se non dopo che l'accettazione di questo gli sia pervenuta. Or se non è logico il riportare la perfezione del contratto, ottenuta mediante l'accettazione e l'arrivo di questa al proponente, in un momento nel quale l'accettante non poteva considerare sè stesso vincolato definitivamente, è anche non logico il riportarla in un momento in cui neppure il proponente poteva fare di sè stesso questo medesimo giudizio. Ma v' ha di più. Può anche darsi, e non di rado si dà, che nell'atto della proposta il proponente non avesse ancora la cosa che offre al suo lontano corrispondente, essendo egli sicuro di potersela subito procacciare, non appena conosciuta l'accettazione dell'offerta, epperò, colla retrotrazione del momento perfezionativo del contratto all'accettazione, si viene talvolta a collocare il contratto in un tempo in cui mancava persino la materia dell'obbligazione. Sotto due aspetti adunque, e due volte apparisce il vizio logico della dottrina della *dichiarazione.* E più grave è questo vizio in quanto concerne il proponente. Imperocchè, quantunque il contratto sia consenso di due persone, l'iniziativa, l'impulso ne viene però dal proponente, ed esso infatti suol definirsi *accettazione di promessa.* Onde un certo primato

Digitized by Google

d'importanza vuolsi razionalmente al proponente attribuire, e, se non è logico che l'accettante si ritenga obbligato in un momento anteriore a quello in cui si è veramente completato il contratto fra assenti coll'arrivo della risposta di accettazione al proponente, meno ancora lo è che accettante o proponente si ritengano obbligati in un momento, in cui il proponente in particolare era ancora incerto se la proposta sua sarebbe stata accettata o no.

È un obbietto anche questo, che sarebbe temerario supporre non abbiano i fautori della dottrina della *dichiarazione* avvertito; ma anche a questo obbietto essi passarono sopra perchè vollero, e lo vollero per quella mira pratica di cui già sopra ho fatto menzione, e che ora vengo a considederare.

Celerità degli scambi, esecuzione quindi immediata del contratto per parte dell'accettante lontano, anche se espressamente non sia stata richiesta dal proponente, nè di contratti reali od unilaterali si tratti, i quali per la loro stessa indole richiedono immediata esecuzione. È questo il motivo e lo scopo della retrotrazione della perfezione del contratto fra assenti al momento dell'accettazione, nella dottrina della *dichiarazione*, ed esso parmi motivo insufficiente nelle contrattazioni commerciali, e più ancora in quelle civili.

E di vero, quando il contratto, per la natura sua, non esige esecuzione immediata per parte dell'accettante, e non è quindi presumibile la intenzione del proponente di prescindere dalla risposta di accettazione per considerare perfetto il contratto, appena si può supporre che, se il proponente voglia nonostante l'esecuzione immediata per parte del destinatario accettante, non gli abbia a far conoscere questa intenzione sua insieme alla proposta. E quindi lo stabilire la legge medesima la presunzione di tale volontà del proponente in questi casi, viene ad essere in pratica una cosa superflua. Nè sempre superflua cosa soltanto in quest'ultima ipotesi, ma facilmente altresì

Digitized by Google

vero fuor d'opera e non senso, allorquando l'esecuzione immediata del contratto sia per la stessa indole dell'oggetto suo impossibile; il che, come ho detto, accade il più delle volte nelle contrattazioni civili, che non siano reali od unilaterali.

Praticamente quindi non mi pare giustificata la dottrina della *dichiarazione*, nè in diritto mercantile, nè in diritto civile: in quest'ultimo poi meno ancora che nel primo. Praticamente cioè quella presunzione legale di rinunzia del proponente alla risposta di accettazione, preventiva all'esecuzione, per parte dell'accettante — presunzione che si è veduto essere la sostanza della dottrina della *dichiarazione* — non è necessaria nè nella contrattazione mercantile, nè in quella civile, non mancando mai di supplirvi una dichiarazione del proponente, che abbia interesse di farla, e di questa stessa dichiarazione meno frequenti assai essendo le occasioni nella contrattazione civile che nella mercantile. Convengo però che siffatta presunzione, e quindi la dottrina della *dichiarazione*, sia più tollerabile nel diritto mercantile, che nel civile.

Di fronte ai gravi e sostanziali argomenti addotti in pro della dottrina dell'*informazione*, e, propriamente, della preferibilità di questa a quella della *dichiarazione*, appena meritano di esser considerati taluni minori e frivoli obbietti, che pur si sogliono muovere contro la prima. Come, p. es.. l'obbietto di Marcadè (*Éxplicat. du Code Napol.*, IV, n. 935) che, se occorre sappia il proponente la risposta di accettazione, anche l'accettante occorre sappia che al proponente è noto che egli ha accettato, e così via all'infinito. A questo sofisma risposero il Massè (III, n. 1453) e il Regnoli (*t. c.*, p. 101); è sofisma, e nulla più, perchè, mentre il sapere il proponente l'avvenuta accettazione è elemento indispensabile alla perfezione del contratto, e codesta scienza non può essere sempre nè facilmente provata, egli è lecito invece e necessario che l'accettante presuma arrivata in tempo al proponente la sua

Digitized by Google

risposta di accettazione, a tempo spedita; la qual presunzione se il fatto non confermi, tocca al proponente avvertirne il corrispondente lontano (1). — Nè valgono meglio gli altri obbietti desunti dagli art. 1057 e 1128, cod. civ. Se infatti l'articolo 1057 fa dipendere l'efficacia della donazione dalla accetazione, lo stesso articolo soggiunge che, se l'accettazione non viene fatta nello stesso atto di donazione, questa non ha effetto se non dal giorno in cui l'accettazione sia stata notificata al donante; onde l'art. 1057 è invece un valido argomento in favore della dottrina della *informazione*. — È se l'art. 1128 statuisce non potere chi ha stipulato per un terzo revocare la stipulazione dopo che il terzo ha dichiarato di volerne profittare, ciò non implica che questa dichiarazione non debba esser significata ad ambedue i contraenti, al cui contratto il terzo aderì per ciò che lo riguarda.

E dunque, io concludo, la giurisprudenza civile italiana, libera essendo di risolvere con meri criterî scientifici la questione del momento perfezionativo del contratto *per corrispondenza*, deve preferire la dottrina della *informazione* a quella della *dichiarazione*, in tutti i casi nei quali l'arrivo della risposta di accettazione al proponente, e questa stessa risposta, non sia superflua per la perfezione del contratto, attesa l'indole di questo, oppure perchè il proponente vi abbia espressamente rinunziato. Dottrina, di cui è pur parte integrante l'obbligo del proponente di non rivocare la proposta fino a che può aspettare la risposta di accettazione, e che così intesa e rappresentata, fu, prima che da me propugnata da

---

(1) A ragione il Valéry (p. 162, nota 2) non arriva a comprendere la tesi di Worms (*De la volonté unilaterale considérée comme source d'obligations*, p. 181), che « non c'è contratto per corrispondenza ». Il motivo di questa stranezza è appunto il non avere il Worms compreso che il contratto fra assenti riposa da ultimo sulla presunzione detta sopra.

Digitized by Google

altri, e, p. es., da WINDSCHEID (*Lehrb. d. Pandektenr.*, §§ 306-308), ed a torto da alcuni è detta *mista*. Imperocchè le eccezioni che essa in sè racchiude riconfermano il principio generale non solo nei *casibus non exceptis*, ma anche negli stessi casi eccettuati, i quali lo sono soltanto perchè la volontà dell'uomo a quel principio rinunzia, e corre il rischio di codesta rinunzia.

Ma dopo avere adottato e preferito la tesi, che il contratto fra assenti deve reputarsi perfetto nel momento in cui se ne avvera l'ultimo essenziale estremo, cioè la notizia arrivata al proponente dell'accettazione avvenuta, rimangono a determinare i concreti estremi da cui si reputi risultare codesta notizia.

Io ho parlato fin qui indifferentemente di arrivata risposta di accettazione al proponente, e di notizia avuta da questo dell'accettazione. In realta però i due concetti non sono identici, potendo benissimo darsi che la risposta di accettazione arrivi al proponente, ma che questi non ne prenda nello stesso momento notizia. E vi ha appunto dissidio fra gli scrittori ed i legislatori circa la preferenza da darsi all'un concetto o estremo, oppure all'altro, al fatto cioè dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente, oppure al fatto dell'avuta notizia da questo che la sua proposta è stata accettata. O, in altri termini, vi ha dissidio circa lo esigere la prova della notizia avuta dal proponente, oppure lo accontentarsi della presunzione della notizia, derivante dal fatto dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente, arrivo, s'intende, dentro il termine, fino al decorso del quale la risposta può essere aspettata. Il codice di commercio italiano (art. 36) adotta il requisito della notizia; ma, come io ho detto in generale che nel diritto civile comune la giurisprudenza italiana è pienamente libera di definire i requisiti ed il momento della perfezione del contratto fra assenti nel modo e nei termini che più le sembrino razionali e opportuni, così penso in partico-

Digitized by Google

lare che di quella libertà essa possa e debba valersi anche nel definire il detto punto controverso.

Non credo si possa esitare un istante a preferire il criterio dell'arrivo della risposta, cioè la presunzione da questo fatto desunta della notizia. È questa un fatto subbiettivo, il quale non può facilmente essere provato, mentre facilmente può essere negato contro verità, senza possibilità di controprova. Sicchè lo esigere la prova della notizia in questione sarebbe aprire un largo e irreparabile adito alla frode, e un rendere praticamente impossibile lo stesso istituto del contratto *per corrispondenza*. In realtà la maggioranza delle legislazioni, sia che accettino il principio della *dichiarazione*, o sia che preferiscano quello della *informazione*, si accontentano dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente; p. es., il progetto del codice germanico (§ 122) parla di *arrivata (zugegangene)* risposta di accettazione, ed il codice austriaco (§ 862), esigendo che la risposta venga *notificata (bekanntgemacht)* al proponente, non intende al certo questa espressione in altro senso che in quello ordinario, per cui atto notificato vuol dire non già letto e compreso dal destinatario, ma fatto pervenire nelle mani di questo, affinchè lo possa leggere e comprendere subito, come pur suole accadere, e deve quindi presumersi che accada. Ed io credo che anche una legge, la quale, come l'art. 36 cod. comm. it., parla di *notizia giunta* della risposta al proponente, devesi intendere non già nel senso di notizia avuta, ma in quello piuttosto, e soltanto, di notizia da potersi e doversi avere, per essere giunto il documento che la contiene; per *notizia giunta*, cioè, si deve intendere il documento che deve informare il proponente dell'avvenuta accettazione, non già il fatto subbiettivo di questa informazione. È in sostanza una semplice presunzione di notizia avuta dal proponente dell'avvenuta accettazione, e presunzione desunta dall'arrivo della relativa risposta, onde io non esito p. es. a ritenere che il contratto

Digitized by Google

per corrispondenza sarebbe perfetto anche se la risposta di accettazione fosse stata soltanto depositata nella cassetta destinata a raccogliere la corrispondenza del destinatario.

A talune altre minori questioni porge materia il contratto per corrispondenza, che non è qui mio intendimento di tutte avvertire ed esaminare, benchè tutte debba la giurisprudenza civile italiana risolvere secondo i migliori dettami fondamentali della scienza intorno a questo contratto.

Si domanda, p. es., se, giungendo la risposta di accettazione in ritardo, e cionondimeno accogliendola e avendola il proponente per buona, un nuovo contratto si ponga in essere in seguito al relativo annunzio del proponente all'accettante, oppure l'anteriore contratto venga tenuto fermo. Ne disputano i commentatori dell'art. 36 cod. comm., e p. es., il dott. L. Sabbatini (*Dir. comm.*, III, p. 185 e segg.) preferisce la seconda opinione. Io non sono di questo avviso; imperocchè nell'atto stesso in cui all'accettante vien fatto sapere che la sua risposta è giunta in ritardo, non gli si può disconoscere il diritto di reputarsi disobbligato, e quindi non è meno necessario che quegli dichiari di rinunciare a quel suo diritto, di quello che il proponente rinunci al suo, di ritenere disobbligato sè medesimo, affinchè il contratto divisato abbia effetto; ma queste due nuove dichiarazioni danno manifestamente l'essere ad un nuovo contratto.

Anche si domanda se possa esser caso di obbligo di risarcimento di danni in seguito alla revoca della proposta di contratto.

Come ho notato sopra, se si ammette, come io credo si debba, che la proposta di contratto non possa essere revocata per tutto il tempo in cui si può aspettare la risposta del destinatario, non vi è luogo a parlare di obbligo di danni, ma di obbligo di riconoscere il contratto come perfetto, nel proponente che non ostante revochi l'offerta dopo che questa è arrivata al destinatario che abbia accettato e in tempo spedita e

Digitized by Google

fatta arrivare la risposta di accettazione (1). Soltanto se espressamente il proponente siasi riservato il diritto di revocare la proposta, può parere che l'obbligo di risarcimento incomba al proponente verso l' accettante, in seguito alla revoca, ma propriamente non si può neppure in questo caso di tale obbligo parlare. Imperocchè, avvertito il destinatario della possibilità della revoca, egli non è obbligato affatto a nulla intraprendere fino a che quella possibilità non sia cessata. E lo stesso è a dirsi circa l'effetto della revoca della proposta, in un sistema, come quello del cod. merc. it., il quale ammette come regola la revocabilità della proposta, fino a che a questa facoltà non siasi rinunziato. Eppure l'azione di danni è ammessa da molti giureconsulti odierni in seguito alla revoca della proposta; nessun giurista però ha mai sognato di ammetterla in seguito a revoca dell'accettazione, la qual revoca non può del resto accadere più tardi che insieme all' accettazione medesima; il solo cod. merc. it. non fa distinzione in proposito fra revoca della proposta e revoca dell'accettazione.

Sono però tutt'altro che concordi quei giureconsulti, nel designare il titolo della detta azione di danni del destinatario verso il proponente, e questa è forse riprova dell' infondatezza della tesi. L. Coviello ha riferito (d. l.) molte opinioni, come p. es., quelle: di Thöl, che argomenta dalla delusa buona fede dell'accettante, di Jhering, che immaginò la famosa *culpa in contraendo*, combattuta da molti, fra i quali da Mommsen, e da Windscheid, del quale ultimo la dottrina non differisce essenzialmente da quella di Thöl; di Scheurl, di Mommsen, a cui va aggiunto Serafini (*Scritti germ.* disp. I, p. 3), i quali ricorrono all'*actio mandati;* di Thon e L. Coviello medesimo, i quali

(1) Anche Vidari è di questo avviso (*Giorn. delle leggi* 21 luglio 1870, p. 44).

Digitized by Google

ricorrono all'*actio negotium gestorum*. E a questi va aggiunto Becker (Valéry, p. 178), il quale ricorre all'*actio doli*. Per me è cosa vana trovare il titolo di un'azione, che ho già detto reputare inammissibile; di fronte all'art. 36 del cod. merc. it., l'azione di danno in discorso è semplicemente un'*actio ex lege*.

Digitized by Google

Unilateralità del mutuo ad interesse.

Che si possa domandare la restituzione del capitale mutuato prima del termine prestabilito nel contratto, per il mancato pagamento degli interessi, quando apposita ed espressa stipulazione in questo senso sia pure stata introdotta nel contratto di mutuo, non può essere dubbio, come sentenziò la cassazione di Napoli, 8 gennaio 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 1, 314). Ma in questo caso la condizione risolutiva è appunto espressa, e la risoluzione del contratto si opera *ipso jure*, cioè senza bisogno che il giudice la pronunzi. Che in difetto di tale stipulazione, il mutuo oneroso implichi tacitamente la risolvibilità sua, per mancato pagamento degli interessi, a sensi dell'art. 1165, non è egualmente facile ad ammettersi, ed io sono pienamente convinto del contrario.

Se la questione si potesse risolvere colla sola equità, che veramente, come dice la cassazione di Roma in una sentenza 11 settembre 1895 (*Mon. dei Trib. 1895, 804.*) fu l'origine del canone dell'art. 1165, assodatosi dapprima nella francese giurisprudenza, anteriore al *Code civil*, e poi accolto da questo nell'art. 1184, che venne ripetuto nel codice italiano, la risposta dovrebbe essere certamente affermativa. Non vi ha infatti ragionevole motivo per cui, come osserva la cassazione di Roma, mentre un locatore può far risolvere il contratto di locazione, se il conduttore non paga puntualmente il dovuto canone, non abbia a potere il mutuante far risolvere il mutuo feneratizio, se il mutuatario non paga puntualmente il pattuito interesse. L'uno e l'altro danno la cosa propria da godere ad un terzo, in vista e per ragione di un dato corrispettivo. Ma la questione vuol essere discussa e risoluta sul terreno della legge positiva,

Digitized by Google

e a termini di questa, ed appunto io non credo che la interpretazione data dalla cassazione di Roma agli art. 1099-1101 sia giusta; la ritengo anzi sbagliata, e alla lettera della legge contradittoria.

Se ponsi mente anzitutto allo stato della quistione nella giurisprudenza italiana, trovasi che la inapplicabilità dell'articolo 1165 al mutuo ad interesse è stata ritenuta dalla cassazione di Roma in una sentenza 13 luglio 1892 (*Giur. it.*, 1892, I, 1, 848), dalla cassazione di Firenze, in una sentenza 15 novembre 1888 (*ivi*, 1889, I, 1, 61), dalla cassazione di Torino in una sentenza 5 febbraio 1894 (*ivi*, 1894, I, 1, 355), e da parecchie sentenze di corte d'appello, come: corte di Milano, 23 dicembre 1890 (*Mon. dei trib.*, 1891, 193), corte di Cagliari, 4 febbraio 1893 (*ivi.* 1893, 190), corte di Catania, 30 dicembre 1893 (*ivi*, 1894, 970), Corte di Appello di Napoli 8 aprile 1896 *(Foro It. 1895, 1, 456)*. Il contrario fu invece ritenuto dalla cassazione di Roma colla citata sentenza 11 settembre 1895, e dalla corte di Genova in una sentenza 15 settembre 1893 (*Giur. it.*, 1894, II, 117).

Nella sua sentenza del 1892 la cassazione di Roma dichiarò recisamente che la tesi della bilateralità del mutuo è contraria allo spirito e alla locuzione della legge. E addusse come argomento: che lo sborso della somma mutuata non è obbligazione del mutuante, ma fondamento dell'obbligazione del mutuatario; che gli obblighi del mutuante, secondo gli articoli 1824 e 1825, non sono che garanzie del mutuatario, conseguenti alla dazione che pone in essere il contratto; che la scienza e la giurisprudenza non hanno mai ammesso la bilateralità del mutuo, neppure imperfetta. — La cassazione di Torino, 5 febbraio 1894, dichiarò unilaterale il mutuo, applicando l'art. 1100, e riflettendo pure che la dazione del danaro non è esecuzione di obbligazione preesistente, ma vero fondamento della stipulazione degli obblighi del mutuatario, e aggiungendo che, se l'essere, chi dà la cosa propria ad altrui, sotto-

Digitized by Google

posto in pari tempo a certi obblighi verso chi la riceve, bastasse a dare al contratto il carattere di bilateralità, vano sarebbe il concetto di contratti unilaterali. — La cassazione di Firenze e le corti di Milano, di Cagliari, e di Napoli, nulla dicono che non si trovi nelle due summentovate sentenze. La corte di Genova fu prima a propugnare la tesi, cui poi si è convertita la cassazione di Roma. Per la corte di Genova il mutuo è contratto bilaterale, perchè la consegna della cosa mutuata è effetto di precedenti accordi fra mutuante e mutuatario, onde entrambi questi assumono obblighi contrattuali l'uno verso l'altro; oltre a ciò, dice la corte, se al contratto di rendita gli art. 1785, 1787 statuiscono inerente la tacita risoluzione, non v'è ragione per non dire lo stesso anche rispetto al mutuo. E nega che in diritto italiano si possa fare distinzione fra contratto sinallagmatico, e contratto bilaterale, come la si fa in Francia, dove il *code civil* all'art. 1102, corrispondente al nostro 1099, menziona, oltre al contratto sinallagmatico, anche il bilaterale, e all'art. 1187, rispondente al nostro 1165, soltanto il secondo menziona, mentre i nostri art. 1099, 1165 menzionano soltanto il contratto bilaterale. Ripudia poi il concetto romano della realità del mutuo, in cui la dazione del danaro sarebbe il *fundamentum stipulationis*, e afferma che in diritto italiano tutti i contratti sono fondati sul semplice consenso. Se nel mutuo, dice la corte, la consegna del danaro è necessaria, affinchè il contratto esista, questa consegna però si riattacca ad una anteriore promessa, data ed accettata. E del resto Gajo stesso dichiara che il mutuante *obligationes contrahit (J. D.* 81), e in diritto romano, come nel nostro, il mutuo è contratto gratuito, in cui all'obbligo di restituire non può corrispondere altro, dal lato del mutuante, fuorchè l'obbligo di dare. In sostanza questa motivazione della sentenza genovese è identica a quella dell'ultima sentenza della cassazione romana.

Fra gli scrittori francesi le opinioni sono pure discordi

Digitized by Google

intorno alla quistione in discorso. DUVERGIER (VI, 579) e DEMOLOMBE (II, 492-494), AUBRY e RAU (vol. IV, 601) sono per l'applicazione della risoluzione tacita anche al mutuo con interesse; LAROMBIÈRE (*Oblig.*, I, 1184, 2-3), DELVINCOURT (II, 43, cap. I, e 382), LAURENT (XVII, 123) sono dell'avviso contrario. Gli scrittori italiani, che finora trattarono la questione, sono pure di vario avviso: GALLAVRESI (*Condiz. risol.*, n. 16, § 99), e GIORGI (*Tratt.*, 13ª ediz., vol. IV, n. 206) sono dell'opinione negativa; BORSARI (*Comm.*, vol. III, pag. 388) è dell'opinione affermativa. Il LAROMBIÈRE però (l. c.) censura la restrizione del disposto dell'art. 1184, *code civil*, identico al nostro 1165, e osserva che in realtà nei cosidetti contratti unilaterali, e nel mutuo in particolare, chi dà la cosa contrae perciò anch'esso obblighi, eventuali bensì, verso chi l'ha ricevuta. Ed egli, ed altri giuristi francesi distinguono due specie di contratti sinallagmatici, di cui è menzione all'art. 1102 *code civil*, gli uni perfetti, gli altri imperfetti, e a quest'ultima categoria ascrivono i contratti unilaterali, a cui l'art. 1184 del *code civil* avrebbe potuto estendersi, ma non si estende.

Nella pratica l'importanza della questione è evidente. La risolvibilità del mutuo a interesse, per mancato pagamento di questo, se venisse ad essere universalmente ammessa dai tribunali, apporterebbe una vera rivoluzione in tutta quella non piccola parte della vita economica, che consiste in prestiti, in collocamenti di capitali a frutto, in sfruttamento di danaro altrui e pagamento di interessi.

Nella scienza, la quistione ha, come ho già notato, il carattere di un contrasto fra la lettera della legge e la equità. Equo sarebbe, come ho già detto, che il mutuo oneroso fosse risolubile per mancato pagamento del corrispettivo, come lo è la locazione, come lo è la rendita semplice (articolo 1982). E qui la equità è propriamente non un semplice *quod jus praetermisit*, ma lo stesso spirito animatore, la stessa ragione dell'art. 1165, sicchè il richiamarsi all'equità è in pari

Digitized by Google

tempo un censurare la legge, non già nè soltanto di non aver bene interpretato quella, ma di essere venuta meno a sè stessa, di essersi posta in contraddizione con sè medesima, per averla interpretata in parte soltanto, e quasi direbbesi per metà. Ciò hanno già osservato altri, come per es., il Larombière, e a buon diritto. Ma per essere tale il carattere della quistione, non ne segue nè che veramente la quistione si possa fare, nè che essa sia difficile a risolversi di fronte ai termini del positivo diritto. Imperocchè nessuna quistione si può fare nella interpretazione della legge scritta, se non perchè gli stessi termini di questa vi diano appiglio; crear non la si può, solo perchè equa o più equa sarebbe piuttosto una interpretazione, che un'altra. Nel conflitto fra una legge, che non ammette dubbiezze, e la equità, si sa che il giureconsulto può dire soltanto: *dura lex, sed ita lex est.* Se quest'ultima cosa possa dirsi rispetto alla quistione in discorso, se cioè il testo della legge italiana autorizzi o no incertezza circa l'applicabilità dell'art. 1165 al mutuo oneroso, rimane a vedere; ma intanto mi è parso bene premettere l'avvertenza suddetta, onde porre in guardia lo studioso contro una prevenzione che potrebbe aver l'effetto di spingerlo a forzare l'interpretazione della legge con arditezza soverchia e inutili sofismi.

L'art. 1165 suona al suo principio: « la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione »; che cosa significa la espressione *contratto bilaterale*, adoperata in questo articolo? Tutta la quistione si riduce a questa domanda.

La prima, e certamente logica risposta da farsi è questa: che *contratto bilaterale* intendasi nell'articolo 1165 quello che come tale è designato nell'articolo 1099, dove è detto *bilaterale* il contratto, in cui i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. In realtà questo medesimo concetto è ripetuto nell'art. 1165, poichè questo parla di una delle

Digitized by Google

parti, che non soddisfaccia alla sua obbligazione, il che implica essere entrambe le parti obbligate l'una verso l'altra.

Ciò posto, il mutuo a interesse è un contratto bilaterale o no?

Chi risponde di sì, argomenta da generali premesse, e dalla speciale analisi del mutuo oneroso.

Dicono: in diritto moderno tutti i contratti sono bilaterali, perchè una promessa la fanno entrambe le parti, fosse anche la promessa dell' uno di dare, e dell' altro di ricevere senza dar nulla dal canto suo. Il mutuo a interesse poi non esiste certamente, se non perchè il mutuante promise al mutuatario di dare il danaro, e questi a quello di corrispondergliene il frutto.

Ma questa risposta non può essere pronunziata, senza che il minimo giurista, che l'ode, s'accorga che essa nè a ragione soddisfa, nè, molto meno, si concilia coll'art. 1099.

Imperocchè, quantunque tutti i contratti siano, come diceva Zeiller, promesse accettate, però altra cosa è scambio di promesse, e altra cosa equivalenza e reciprocità di promesse. Promettere di dare, senza ricambio, e col solo obbligo o promessa di restituire la cosa data, e promettere di dare o fare contro promessa di dare o fare, sono contratti bensì l'uno e l'altro, ma di natura affatto diversa. Nel mutuo oneroso poi, se è vero che in origine entrambe le parti si obbligarono l'uno verso l'altra a un dare, è però evidente che mentre ad una delle parti corre l'obbligo degli interessi, all' altra non incombe più alcun obbligo reciproco. Onde, in conclusione, la suddetta risposta non impedisce al minimo giurista di distinguere contratti onerosi e contratti gratuiti, e fra i contratti onerosi distinguere quelli in cui entrambe le parti adempiono contemporaneamente l'obbligo loro, l'una di fronte all'altra, e quelli in cui l'obbligo dell'una comincia quando l'obbligo equivalente dell'altra è stato adempiuto. Or tutte queste logiche distinzioni si devono trascurare in diritto, per non vedere nei

Digitized by Google

contratti, per quanto differenti, altro che ciò che hanno di comune, cioè la *bilateralità* nell'astratto senso suddetto? Non avrebbe essa invece l'espressione *contratto bilaterale* negli articoli 1099, 1165 precisamente un più ristretto senso, in relazione alle logiche distinzioni suddette?

I giureconsulti, a cui alludevo dianzi, non lo credono, ma per apprezzare la fondatezza, il valore logico di questa loro opinione, occorre veder subito le ragioni di chi pensa il contrario, dà cioè una affermativa risposta alla domanda ultima formulata.

Queste ragioni sono testi di legge.

L'art. 1099 non è che il primo di quattro (1099-1102), in cui il legislatore espone e completa la distinzione dei contratti. L'art. 1100 contrappone al contratto bilaterale, il contratto *unilaterale*, in cui « una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione ». Or se questo è il contratto *unilaterale*, sono manifestamente unilaterali i contratti gratuiti, e sono anche unilaterali il mutuo oneroso, e tutti gli altri contratti, in cui una delle parti è obbligata ad una utile prestazione verso l'altra, dopo che questa ha già adempiuto l'obbligo suo. E quindi, contratti bilaterali, come li intende l'art. 1099, sono e rimangono soli ad essere quelli in cui le parti contraenti si scambiano utili prestazioni, sia di cose, sia di servigi, sia positive, sia negative, e contemporaneamente se le scambiano cioè l'uno fa il dover proprio verso l'altro, procaccia a questo l'effetto utile e contrattuale che stipulò per sè, mentre l'altro fa altrettanto verso il primo. Precisamente quello che la retta ragione, prima ancora di considerare la legge scritta, reputava dovesse, e si aspettava che fosse scritto in questa. I susseguenti art. 1101, 1102 introducono le nuove distinzioni fra i contratti: onerosi e gratuiti, aleatori e non aleatori, ma sono queste distinzioni subordinate a quella fondamentale degli articoli 1099, 1100, poichè i contratti bilaterali sono sempre one-

Digitized by Google

rosi, e gli unilaterali, il mutuo, per es., se tale lo si considera, possono essere onerosi e gratuiti, e contratti bilaterali e unilaterali, siano onerosi o gratuiti, possono essere o non essere aleatori. Ora, poichè come si è detto, la espressione *contratti bilaterali* nell'art. 1165 va intesa nello stesso significato che essa ha nell'art. 1099, ne consegue che, come nell'art. 1099, così pure nell'art. 1165, le *obbligazioni reciproche* non si possono intendere semplici promesse qualunque *hinc et inde*, ma attuali e contemporanee prestazioni utili, reciproche ed equivalenti. Nel contratto bilaterale cioè le obbligazioni reciproche diventano efficaci nell' atto stesso in cui le parti dichiarano mutuamente la volontà di imporsele, o si promettono l'una all'altra. Come per es., nella vendita, nell'atto stesso in cui le parti dicono: *vendo*, *compro*, la cosa è venduta, cioè il diritto del compratore sulla cosa venduta è acquistato, e il diritto al prezzo è acquistato dal venditore anche se la cosa non vien consegnata nè il danaro numerato; e nella locazione, nell'atto stesso in cui le parti dicono: loco, prendo in affitto, la cosa è locata, cioè il diritto del conduttore sulla cosa locata è acquistato, e il diritto al fitto è acquistato dal locatore anche se la cosa non vien presa in consegna. E tanto nella vendita, quanto nella locazione, il diritto di ciascuno dei contraenti è subito acquistato, sia che l'esecuzione del contratto debba aver luogo subito, sia che più tardi, cioè tanto se si venda o si lochi subito, quanto se si prometta di vendere o di locare, imperocchè, in questa seconda ipotesi, i diritti dei contraenti sono acquistati fin d'ora, benchè sotto condizione od a termine. La quale cosa non si può certamente dire rispetto a tutti i contratti non bilaterali, e propriamente rispetto a quei contratti unilaterali, come il mutuo ed altri, nei quali la materiale consegna della cosa è indispensabile affinchè colui, a cui deve essere consegnata, acquisti il pattuito diritto su di essa. Onde i contratti bilaterali vengono ad essere la stessa cosa che i cosidetti contratti consensuali, i

Digitized by Google

quali poi sono tali non per altro motivo, se non per l' indole degli oggetti loro, perchè cioè questi possono per natura loro reputarsi prestati, scambiati da una parte a l'altra, e diventati oggetto del diritto dell' una e dell' altra, solo perchè la corrispondente volontà è stata debitamente manifestata, sia *de praesenti*, sia *de futuro*, sia come contratto attuale, sia come promessa di contratto, e nella prima ipotesi tanto se le materiali prestazioni si fanno subito, quanto se vengono differite.

In conclusione, fra i contratti bilaterali o consensuali, quali li intende l'art. 1165, cioè quali li intende l' art. 1099, confrontato coll'art. 1100, e gli altri contratti, non esiste affatto quel preteso carattere comune in cui si affissano e su cui sostanzialmente si fondano i fautori della risoluzione tacita del mutuo oneroso, il carattere cioè dello scambio di promesse *hinc et inde*. Imperocchè nei primi non si può distinguere la promessa dall'attualità della prestazione, o dell'effetto del contratto, mentre in tutti gli altri contratti, dalla legge chiamati unilaterali, il semplice scambio di promesse fra le parti, abbia o non abbia per sè medesimo qualche effetto giuridico, il che in seguito si vedrà, non ha però mai virtù di far subito nascere in ciascuna o in una sola delle parti contraenti il diritto, l'effetto utile concreto, a conseguire il quale il contratto è stato stipulato. Sono quindi pienamente giustificate, perchè fondate nelle stesse parole del legislatore, le difficoltà e le distinzioni logiche opposte dapprincipio alla tesi della pretesa bilateralità di tutti quanti i contratti, onde si deduce l'applicazione ad essi tutti dell'art. 1165. È una bilateralità meramente astratta quella di cui a torto si accontentano i fautori della seconda tesi; non è la bilateralità studiata, come pur si deve, nella mente del legislatore, non è quella che questi ha inteso nell'art. 1099, e quindi neppure nell' art. 1165, che a quello si riferisce; e se la prima può convenire al mutuo oneroso, la seconda no certo.

Digitized by Google

Poste queste cose, le ragioni per le quali i fautori dell'applicabilità dell' art. 1165 al mutuo oneroso interpretano in così lato senso la espressione *contratto bilaterale* in questo articolo, da non ravvisarvi altro che uno scambio di promesse qualunque fra due parti, dovrebbero essere tentativi di sostenere la loro tesi di fronte all'art. 1099 collegato coll'art. 1100, e di fronte allo stesso art. 1165 collegato cogli art. 1099-1100; che fanno essi invece?

La loro condotta è varia ed incerta. Un po'essi rimangono nel generale e nell'astratto, definendo la bilateralità come semplice scambio di promesse qualunque in generale, senza darsi pensiero degli art. 1099-1100, un po' essi s'adoperano a riscontrare nel mutuo oneroso il carattere di bilaterale, nel senso di reciprocità di obbligazioni. Che il primo modo di ragionare sia errato e insostenibile, sia di fronte alla *juris ratio*, sia di fronte al diritto positivo italiano, parmi di avere abbastanza posto in chiaro. Ora vengo ad esaminare i tentativi fatti per riscontrare nel mutuo oneroso reciprocità di obbligazioni. Osservo però qui subito che il secondo modo di ragionare è in contraddizione col primo; poichè, in questo, *reciprocità di obbligazioni* riducesi a semplice scambio di promesse equivalenti o no, in quello invece s'intende equivalenza delle promesse scambiate, e ragione e titolo dell' una promessa la equivalenza dell'altra.

Secondo i fautori della tesi in questione, vi ha nel mutuo oneroso reciprocità di obbligazioni; ma non sono però essi d'accordo nell'additare le obbligazioni che da una parte e dall'altra si corrispondono. Per la cassazione di Roma, nell'ultima sua sentenza, all'obbligo del mutuatario di pagare l'interesse, corrisponde l'obbligo del mutuante di lasciare la cosa o il danaro mutuato nelle mani del mutuatario; — per la corte di Genova l'obbligo del mutuatario di pagare l'interesse corrisponde all'obbligo del mutuante di consegnare la cosa mutuata. Le due argomentazioni sono, come ognun vede, discordi fra di

Digitized by Google

loro; imperocchè la prima ammette che nel mutuo oneroso il *fundamentum stipulationis* del mutuante sia la dazione effettiva del danaro per parte di questo, ammette cioè la *realità* del contratto di mutuo; la seconda invece ravvisa il *fundamentum stipulationis* del mutuante nella promessa di questo di dare il danaro, e nega quindi la *realità* del mutuo. E veramente la corte di Genova non si perita di asserire che in diritto odierno la distinzione romana di contratti consensuali e reali non ha più senso nè valore. Certamente codesta discordia fra le due argomentazioni scema l'autorità di ciascuna, e quella della comune conclusione. Non è però discordia che colpisca la sostanza delle due argomentazioni. In sostanza, l'una e l'altra si imperniano in un comune errore intorno al vero significato dell'espressione *contratto unilaterale*. L'una e l'altra reputano in sostanza unilaterali soltanto i contratti gratuiti. Soltanto la cassazione di Roma, e chi come questa ragiona, si accontenta che l'onerosità consista per una delle parti contraenti in un semplice lasciar avere la cosa data, anzichè nel darla, mentre la corte di Genova, e chi ragiona come questa, esige sempre una promessa di dare o fare in ciascuna delle parti, e onde riscontrare questo carattere nel mutuo oneroso, mette sottosopra la comune dottrina dei contratti, negando affatto che ci siano nel diritto civile odierno contratti reali.

È questo errore comune, il fondamento, la chiave della dottrina che io combatto, ed è anche il vero punto di vista da cui la questione vuol esser considerata, il vero terreno su cui la si deve discutere, e, non mi perito di affermarlo, la tesi contraria può essere trionfalmente propugnata.

In sostanza dunque si domanda se, dicendo l'art. 1100 che nel contratto *unilaterale* una *parte sola* si obbliga, e l'altra non ha *alcuna obbligazione*, si debba intendere che la parte, a cui non incombe nessuna obbligazione, si avvantaggi a carico dell'altra che ha promesso o fatto o dato qualcosa per

Digitized by Google

la prima, o si possa anche intendere che una parte sola sia obbligata perchè l'altra ha già fatto la prestazione sua, mentre quella non ha ancor fatto la propria, e perchè il contratto si reputi perfetto ed esistente solo dal momento appunto in cui la prima prestazione è stata fatta. Se la seconda cosa si ammetta, l'espressione *contratti unilaterali* non si può riferire ai contratti gratuiti, se non in quanto questi non siano contratti di quella seconda categoria. Imperocchè il contratto che si perfeziona con una effettiva prestazione, può tanto essere gratuito quanto oneroso, e nel primo caso la parte che avrebbe dato essere al contratto, facendo la prestazione sua, non avrebbe più altra obbligazione fuorchè, come dice la cassazione di Roma nell'ultimo suo giudicato, di tener ferma la prestazione fatta, e propriamente e sola obbligata sarebbe la parte che ricevette la cosa e che deve restituirla; nel secondo caso la parte sola obbligata sarebbe quella il cui obbligo sarebbe nato dopo che l'altra avesse perfezionato il contratto colla prestazione sua. E come i contratti della seconda categoria sono detti *reali*, la questione si traduce nel domandare se l'espressione *contratti unilaterali* debbasi intendere nel senso che essa comprenda due specie di contratti, i *gratuiti consensuali*, e i *reali*, *gratuiti* od *onerosi*, oppure nel senso che essa comprenda soltanto i contratti gratuiti, siano essi *consensuali* o siano *reali*.

Io ho già detto sopra che basta essere minimo giurista per avvertire nel mutuo oneroso la peculiarità che l'obbligazione degli interessi non comincia se non dopo che il mutuante ha dato il danaro, e mentre egli non ha più altra obbligazione se non quella, impropriamente detta tale, di lasciare il danaro nelle mani del mutuatario. Per questa ragione, e per il fatto che la distinzione dei contratti consensuali e reali è sempre stata ed è ancora oggi universalmente fatta dai giureconsulti, è giustificata appieno la quistione predetta, la quistione cioè se il legislatore nell'art. 1100 abbia inteso l'espres-

Digitized by Google

sione contratto unilaterale in entrambi i significati suaccennati, oppur soltanto nel senso di contratti gratuiti in generale, senza distinguere fra consensuali e reali. Avvertasi qui che tanto nei contratti gratuiti consensuali, quanto nei reali, gratuiti o no, non osta per se medesima all'unilateralità una obbligazione meramente eventuale non direttamente connessa col vero e proprio fine immediato o *causa* del contratto. Se alle obbligazioni e prestazioni soltanto eventuali, oppure di semplice restituzione delle cose avute, si avesse riguardo, non sarebbe più possibile distinzione fra contratti unilaterali e bilaterali, siano consensuali, siano reali; tutti i contratti sarebbero bilaterali, anche i gratuiti Nella donazione, per es., il donatario ha pure obbligazioni eventuali (art. 1071, 1078, 1079 e segg,); nel mandato anche il mandante può avere tali obbligazioni (art. 1753, 1755). Nel mutuo oneroso il mutuante ha l'obbligo eventuale di rispondere al mutuatario del danno recato a questo dai vizi della cosa mutuata (art. 1824); e nel mutuo gratuito, il mutuatario è obbligato a restituire le cose mutuate, e, in mancanza, a pagarne il valore (art. 1829).

Per me non è dubbio che il legislatore colla espressione *contratto unilaterale* volle designare non soltanto i contratti gratuiti consensuali, ma anche i contratti reali, siano gratuiti, o siano onerosi. E per me è certo che l'espressione contratto unilaterale, estranea al romano diritto, e di invenzione tutta moderna, non è stata inventata per altro motivo, se non appunto per riunire in una medesima categoria, e sotto un comune generale concetto ricondurre entrambe quelle specie di contratti. Veramente contratti gratuiti consensuali non sono che il mandato, ordinariamente (art. 1739), e la donazione nelle molteplici e svariate sue forme. Vero è che la donazione non è posta fra i contratti nel codice civile italiano, nè nel francese,ma questa circostanza non può essere ostacolo a che la scienza la consideri come tale. E certamente non sono contratti unilaterali, appunto perchè gratuiti non sono, taluni consensuali

Digitized by Google

che pure si vedono talvolta rappresentati come tali. Il LAROMBIÈRE per es. (*Oblig.*, art. 1102-1106) chiama unilaterale il patto di dare ipoteca, ma se ciò egli pensa, come pare, nei rapporti fra il promittente l'ipoteca e il creditore da assicurare, erra certamente, appunto perchè codesto patto non può dirsi gratuito, essendo un mero accessorio di un altro contratto principale, e quindi bilaterale come questo. Consimile errore commetterebbe chi reputasse unilaterale il patto di fideiussione nei rapporti fra il promittemte e il creditore. E ciò ebbe anche a riconoscere la corte d'appello di Genova, 31 dicembre 1891 (*Foro it.*, 1892, 537). Che poi il cod. civ. italiano reputi veramente unilaterali i contratti reali, siano gratuiti, siano onerosi, si fa manifesto al considerare la definizione che esso dà di quei contratti che la giurisprudenza è sempre stata concorde e pacifica nel designare come tali.

L'art. 1819 dice: « il mutuo, o prestito di consumazione (inutile francesismo) è un cotratto per cui una delle parti *consegna* all'altra una data quantità di cose, ecc. ». — L'art. 1835 dice: « il deposito è un atto per cui *si riceve* la cosa altrui, ecc. ». — L'art. 1805 dice: « il comodato o prestito ad uso è un contratto, per cui una delle parti *consegna* all'altra una cosa, ecc. — L'art. 1878 dice: « il pegno è un contratto col quale il debitore *dà* al creditore una cosa mobile, ecc. ». — L'art. 1778 dice: si può stipulare una rendita ossia annua prestazione in danaro o merci, mediante la *cessione* di un immobile o il *pagamento* di un capitale. ecc. ». — Invece definendo i principali contratti consensuali, il codice civile dice all'art. 1447: « la vendita è un contratto per cui uno si *obbliga* a dare una cosa », ecc.; — all'art. 1549: « la permuta è un contratto con cui ciascuna delle parti si *obbliga* a dare » ecc.; — all'art. 1556: « l'enfiteusi è un contratto col quale si *concede*, in perpetuo, o a tempo un fondo, ecc. ». — all'art. 1569: « la locazione delle cose è un contratto col quale una delle parti contraenti si *obbliga* a far godere, ece. », — al-

Digitized by Google

l'art. 1697: « La Società è un contratto col quale due o più persone *convengono*, ecc. » — all'articolo 1737: « il mandato è un contratto in forza del quale una persona *si obbliga* », ecc.

La differenza di locuzione del legislatore nel definire i contratti comunemente detti reali, e nel definire i contratti consensuali, specialmente quelli fra questi, che hanno per oggetto cose materiali, salta all'occhio d'ognuno; rispetto ai primi la essenza, il momento costitutivo del contratto, è la *consegna* della cosa; rispetto ai secondi invece lo è la *promessa obbligatoria di consegnare* la cosa. (Nella definizione dell'enfiteusi la espressione *concede* non equivale certamente al *dà*, ma significa *consente* che *abbia*, cioè *promette* di dare). Dunque finchè nei contratti della prima categoria la consegna della cosa non è stata effettuata, non vi ha contratto, mentre nei contratti della seconda categoria il contratto esiste prima della consegna della cosa. Dunque, contrariamente a quanto ha asserito la corte di Genova, dimenticando o fraintendendo, nel più inescusabile modo, le parole della legge, il codice civile italiano ammette i contratti reali, cioè, senza aver riguardo alle intelligenze e pattuizioni intercedute fra i paciscenti di questi contratti anteriormente alla consegna della cosa, esso non ravvisa in essi altre obbligazioni fuorchè quelle conseguenti alla consegna medesima. E come posteriormente a questa consegna non vi ha altra vera e propria obbligazione collegata col diretto ed essenziale effetto utile del contratto, fuorchè quella di chi ricevette la cosa, di restituirla a suo tempo a chi gliela diede, se il contratto reale è gratuito, e fuorchè quella duplice di chi ricevette la cosa, di restituirla a suo tempo, e intanto di fare la pattuita prestazione corrispettiva a chi la diede, se il contratto reale è oneroso, — dunque il codice civile italiano, ammettendo i contratti reali come perfezionati colla consegna della cosa, quali furono sempre intesi nella scienza del diritto, li ha anche rappresentati come uni-

Digitized by Google

laterali, quali pure furono intesi sempre: — e dunque, da ultimo, l'art. 1099, intendendo i contratti bilaterali in opposizione agli unilaterali, definiti dall'art. 1100, quali contratti unilaterali non possono, per le cose dette, reputarsi, oltre ai consensuali gratuiti, se non i reali, gratuiti o no, ne consegue che l'art. 1165, il quale certamente adopera l'espressione contratti bilaterali nel medesimo significato dell'art, 1099, non può riferirsi, oltre che ai consensuali gratuiti, neppure ai contratti reali onerosi, nè, in particolare, al mutuo feneratizio.

Codesta argomentazione mi sembra inoppugnabile, ma a prima giunta qualcuno potrebbe credere di scorgervi una specie di talon d'Achille, un punto del resto che io ho già toccato, e che ora riprendo in considerazione.

Si può obbiettare cioè che, ammesso pure che i contratti reali si perfezionino colla consegna della cosa, siccome però nel mutuo gratuito incumbe al mutuante l'obbligo di mantenere nelle mani del mutuatario la cosa consegnatagli, nel mutuo oneroso invece debbonsi ammettere due obbligazioni reciproche, cioè l'obbligazione anzidetta dalla parte del mutuante, e l'obbligazione dell'interesse dalla parte del mutuatario, e quindi la bilateralità del contratto. La risposta è già contenuta in ciò che io ho detto sopra; nel mutuo gratuito cioè, effettuata la consegna, il vero e proprio obbligato è uno solo, il mutuatario, che deve restituire la cosa mutuata, al quale solo obbligato non fa che aggiungersi nel mutuo oneroso un obbligo di più, quello di corrispondere al mutuante l'interesse. E di vero, una obbligazione può certamente essere tanto positiva quanto negativa, ma la vera e propria obbligazione negativa è soltanto di non fare, che può ben risolversi anche in un non dare; ma l'obbligazione di non ritogliere una cosa data, impropriamente si direbbe obbligazione negativa, poichè in essa è più propriamente a discorrer del diritto dell'altra parte a ritenere la cosa data, cioè l' uso qualunque, pattuito, della cosa data e rimasta proprietà del datore. Qual contratto bilaterale del

Digitized by Google

resto sarebbe, il mutuo oneroso in cui, come insegna la cassazione di Roma, l' obbligazione dell' interesse avrebbe per corrispettivo quella di non ridomandare la cosa mutuata? Un contratto in cui un' obbligazione negativa risponderebbe ad un'obbligazione positiva, in materia di materiali prestazioni. Ma chi può negare che una bilateralità di questo genere è impropria, anomala, e che la vera bilateralità d'obbligazioni reciproche (art. 1099), è reciprocanza di prestazioni positive, se queste hanno cose materiali per oggetto?

Ed egli è certissimo che la nostra legge non collega indissolubilmente i due concetti di contratto oneroso e di contratto bilaterale. Si legga infatti la definizione del contratto oneroso nell'art. 1101: « è a titolo oneroso quel contratto, nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente ». Non dice il legislatore *si obbliga* mediante o senza *obbligo* equivalente, onde procurarsi, o procurare un vantaggio; dice semplicemente *intende* procurarsi o procurare un vantaggio, cioè ha riguardo piuttosto alla mira, allo scopo finale dei contraenti, che non al mezzo con cui questi lo raggiungono. Perchè ciò, se non perchè questo mezzo può tanto essere una obbligazione reciproca, oppure una obbligazione sola, cioè di una parte sola, come nei contratti bilaterali consensuali, che sono sempre onerosi, e nei contratti consensuali gratuiti che sono unilaterali, quanto può essere il fatto di una prestazione di cosa da una parte, senza obbligazione dall'altra, oppure quel fatto accompagnato da obbligazione corrispettiva dall'altra parte, come nei contratti reali gratuiti, e nei contratti reali onerosi? L'art. 1101 è quindi esso pure una negazione benchè implicita nella evidenza sua, che il contratto oneroso non si possa concepire se non come bilaterale.

Ma io non ho ancora detto tutto in pro della tesi che il

Digitized by Google

mutuo oneroso è, come contratto reale, non meno unilaterale dei contratti reali gratuiti, e dei contratti consensuali gratuiti, cade cioè, come tutti questi, sotto la definizione dell'art. 1100, e non sotto quella dell'art. 1099, e non è quindi applicabile maggiormente al primo che al secondo l'art. 1165. Non solo non ho detto tutto, ma, per quanto non lievi mi sembrino gli argomenti già addotti, uno più forte ancora, e, per sè solo, veramente decisivo, mi rimane ad additare.

Io ho detto poc'anzi che, se si pon mente alla dizione dell'art. 1101, un contratto oneroso non è necessariamente bilaterale, e quindi può essere anche unilaterale, cioè unilaterale-reale. Ora, ritornando su quell'articolo, io dico: se il legislatore, ponendo la categoria dei contratti onerosi dopo la distinzione dei bilaterali e degli unilaterali, e definendola nel detto modo, ne fa manifestamente un genere che può racchiudere in sè tanto i contratti bilaterali quanto gli unilaterali, dà ciò viene indubbiamente che il mutuo oneroso è in diritto italiano un contratto unilaterale, cioè unilaterale-reale, unilaterale perchè reale, atteso che il mutuo oneroso è il solo escogitabile esempio di contratto reale oneroso.

Io avevo parlato finora di contratti reali onerosi, in modo astratto e generale, riservandomi appunto a più tardi il determinare il contenuto concreto di questa espressione; or facendo questa determinazione, non iscorgo che essa possa metter capo ad altro esempio concreto, che ad uno solo: al mutuo feneratizio. E intendo esempio concreto vero e proprio, cioè di un contratto in cui la obbligazione reciproca alla consegna della cosa, sia vero equivalente di questa. Imperocchè anche il pegno può essere considerato contratto oneroso, ma in un modo che è a dirsi improprio, cioè come accessorio di un contratto consensuale o di un mutuo oneroso; che se il pegno sia accessorio di un mutuo gratuito, non può certamente reputarsi contratto oneroso, più che nol sia il contratto principale. Quanto agli

Digitized by Google

altri due contratti reali, riconosciuti tali dal nostro codice, chi può concepirli onerosi: il deposito, il commodato?

Non solo adunque l'unilateralità del contratto reale non esclude che questo possa essere oneroso, ma poichè la questione in proposito non è stata sollevata se non per definire la natura giuridica del mutuo feneratizio, si deve anche dire che, se questo non fosse contratto reale unilaterale, non avrebbe valore nè senso quel principio, perchè quello è appunto l'unico esempio di contratto *reale unitaterale oneroso.* Sicchè la cassazione di Roma, nell'ultima sua decisione riconoscendo la realtà del mutuo feneratizio, ma negandone la bilateralità, viene nientemeno che a rendere lettera morta l'articolo 1101 del codice civile, in quanto questo, parlando di contratti onerosi in generale, e non distinguendo fra bilaterali e unilaterali, quali sono nel diritto nostro certamente anche i contratti reali e, fra questi, il mutuo, ammette implicitamente, ma chiarissimamente, poter essere il contratto reale oneroso a un tempo e unilaterale.

La dottrina quindi della cassazione di Roma circa la bilateralità del mutuo oneroso, è, non meno di quella della corte di Genova circa la inesistenza di contratti reali in diritto italiano inconciliabile affatto col nostro diritto positivo, cioè colla più razionale e piana interpretazione di questo. Mentre entrambe ritengono che soli contratti unilaterali siano i gratuiti, errano, l'una, la corte di Genova, nel disconoscere l'esistenza nel diritto nostro di contratti reali, e quindi l'unilateralità di questi, l'altra, la cassazione di Roma, nel disconoscere la persistenza dell'unilateralità del contratto reale, cioè del contratto di mutuo, quando questo diventi oneroso; e, propriamente, l'una dimentica o non intende affatto gli articoli 1805, 1819, 1828, 1835, l'altra non ha penetrato il concetto dell'unilateralità del contratto reale, non ha compreso come l'onerosità del mutuo non ne possa distruggere l'unilateralità, e ha poi dimenticato, o non compreso affatto l'art. 1101.

Digitized by Google

Tali sono gli obbietti che io oppongo alla tesi della bilateralità del mutuo oneroso, ed alla conseguente applicabilità dell'articolo 1165 al medesimo ; tali sono le ragioni che a mio credere militano in prò della tesi contraria. Certamente la tesi mia non si appoggia ad altro che alle parole della legge: l'art. 1165 si riferisce esclusivamente ai contratti *bilaterali*, dunque non lo si può applicare al mutuo oneroso, perchè questo è *unilaterale*, perchè è reale, in virtù del disposto della legge rettamente interpretato. Se l'art. 1165 si riferisse, invece che ai contratti *bilaterali*, agli *onerosi*, avrebbero ragione i fautori dell'opinione contraria alla mia, ed anche il voto dell'equità e della pratica convenienza sarebbe stato soddisfatto anzichè contraddetto. La parola della legge, rettamente interpretata, prevale e trionfa questa volta, come tante altre, sulla equità e sull' astratta ragione, ma è circostanza codesta che basta a giustificare una ostinata resistenza alla legge scritta, e il sofisticare su questa, e il forzarne e contorcerne l'interpretazione? Nessun giurista può rispondere di sì. Il *dura lex sed tamen lex* è, lo ripeto, in fin dei conti, il fondamento della tesi da me propugnata, in opposizione a quella della Cassazione di Roma nella citata sentenza 11 settembre 1895, ma non è pur troppo un magro fondamento, perchè è un osso, e un osso duro, che non si può nè piegare, nè rosicchiare.

Non voglio lasciare questo tema senza profittare dell'occasione che esso mi porge di aggiungere qualcosa intorno allo istituto dei contratti reali.

C'é chi nega l'esistenza dei contratti reali nel diritto odierno, e questa negazione ritiene un postulato della ragione, scevra dal formalismo romano. E ciò per due ragioni: la prima, che gli sembra irragionevole separare nel contratto reale le intelligenze anteriori alla consegna della cosa, dal fatto di questa consegna; la seconda, che la realità trae seco l'unilateralità, la quale osta all' applicazione della clausola risolutiva tacita anche a tali contratti.

Digitized by Google

La vanità del secondo argomento io ho già fatta avvertire sopra, quando ho detto che, essendo l' unilateralità del contratto reale compatibile coll'onerosità, non è punto per sè medesimo un ostacolo alla risoluzione per inadempimento, e che il legislatore avrebbe potuto benissimo conciliare in proposito il voto dell'equità e della ragione coll'essere proprio del contratto reale, disponendo che anche i contratti reali vadano sottoposti a tale risoluzione, quando siano onerosi, cioè che quella risoluzione si applichi a tutti quanti i contratti onerosi compresi i reali.

Quanto al primo obbietto, esso è un errore, è disconoscimento del diverso effetto giuridico immediato che ha la promessa di dare, secondo che questa abbia l'oggetto dei contratti che si dicono consensuali, oppure quello dei contratti che si dicono reali. Dice rettamente il WINDSCHEID *(Lhr. d. Pand.*, 7ª ed., vol. 2, pag. 176) che, quantunque in diritto odierno ogni dichiarato accordo delle parti generi un diritto di credito, tuttavia si dànno anche oggi contratti nei quali le parti vogliono fondare un' obbligazione soltanto col dare e col ricevere. Ma non è però esatto nè completo questo concetto del WINDSCHEID. La realità dei contratti non dipende dalla mera volontà delle parti, ma dall'indole dell' oggetto voluto dal contratto, e nei contratti reali l' accordo delle parti, anteriore alla consegna della cosa, non genera un diritto di credito, che abbia per oggetto la cosa medesima.

In generale tutti quanti i contratti si pongono in essere allo scopo e coll'intendimento che subito dopo la loro conclusione, anzi all'atto stesso di questa, l'uno o l'altro dei contraenti ne ritraggano un utile effetto. Sono promesse accettate, ma non nel senso che l'effetto utile loro si compia in un momento posteriore all' accettazione, e che, quando l'effetto del contratto si compie, la mente debba necessariamente riportarsi ad un momento anteriore, rispetto al quale questo compimento sia un futuro; la promessa accettata, cioè l'accettazione della

Digitized by Google

promessa, é in pari tempo effettuazione del diritto a cui l'una e l'altra parte si riferiscono, è conferimento all'uno o all'altro, entrambi i contraenti, del diritto che vollero porre in essere col contratto. Bensì il contratto o è una promessa sola accettata, oppure è il complesso organico di due promesse, secondo che sia unilaterale o bilaterale.

Ma la promessa accettata, o accettazione della promessa, verbale o scritta, non può produrre immediato effetto utile, se non quando l'oggetto della promessa per la natura sua lo consenta. Siccome ogni e qualunque diritto patrimoniale consiste in una signoria, o facoltà di disporre, sia di cose materiali, sia di atti patrimoniali di una persona, occorre che l'oggetto della promessa e del contratto sia tale, che una qualche facoltà di disporre, di quelle specie, si possa reputar subito acquistata all'atto dell'accettazione, affinchè questa tragga seco immediatamente o, meglio, involga in sè medesima, l'effetto giuridico del contratto. Or cotale ipotesi appunto non si verifica sempre, e, quando essa non si verifica, diventa necessario che alla promessa associsi un altro elemento, il quale fa una cosa sola con quella, in cui quella si incorpori, affinchè coll'accettazione l'effetto del contratto immediatamente si produca. Quando l'una o l'altra ipotesi in concreto si verifichi, seppero i romani pei primi distinguere, e non su altro fondamento che su questa distinzione riposa quella dei contratti consensuali e dei contratti reali. Come ho già accennato sopra, se uno dice ad un altro: ti vendo, loco, mando, metto in comune la cosa e l'opera mia colla tua, e l'altro accetta, quest'ultimo può reputarsi immediatamente investito di un diritto, e cioè di una signoria, di una facoltà di disporre della cosa venduta, locata, messa in società, di agire in nome del promittente, sia che di tale facoltà egli possa subito fare uso, sia che egli debba aspettare il verificarsi di una condizione, o il raggiungimento di un termine. Ma se uno dice ad un altro: ti do a mutuo, o in pegno, o in deposito, o in commodato una cosa, e l'altro ac-

Digitized by Google

cetta, questi non può reputarsi investito di nessuna signoria o facoltà di disporre della cosa, se e finchè non accada la consegna materiale della cosa. Perchè tale differenza fra le due opposte soluzioni nelle due specie dei casi? La cosa è evidente. Il venditore e il locatore possono dire di aver diritto sulla cosa, benchè non ancora consegnata, perchè l'essenza del loro diritto non è il possesso della cosa, ma la facoltà di disporne, anche senza averne il possesso, come, per es., rivendendola, sublocandola. Il mutuatario invece, il comodante, e simili, non possono dire altrettanto, perchè l'essenza del loro diritto è appunto il possesso e la disposizione materiale della cosa. Onde il *do*, senza dare, basta alla perfezione del contratto nei casi della prima specie, che perciò appunto si dicono consensuali, non può bastare invece nei casi della seconda specie, che perciò appunto si dicono reali. Nei primi la promessa, verbale o scritta, basta sola, perchè l'accettazione generi il diritto, effetto del contratto; nei secondi ciò non può accadere, se non perchè alla promessa si aggiunga la consegna della cosa, e la promessa incorporisi e immedesimisi con questa consegna.

Tale è per me la ragione e il senso della distinzione dei contratti reali, dai Romani in poi, e dunque questa distinzione non è, nè, come taluni pensano, un'anticaglia da repudiarsi oggidì, nè, come pensa il WINDSCHEID, un mero arbitrio dei contraenti, che vogliano far dipendere o no la perfezione dei contratti che hanno per oggetto un *dare*, dalla consegna materiale della cosa.

Così intesa la distinzione in discorso, parmi difficile considerare reali altri contratti, fuorchè i quattro tradizionali, e veramente fondamentali: mutuo, deposito, commodato e pegno. Il contratto di rendita, certamente reale, come ho già detto, e reale oneroso, è in sostanza affine al mutuo feneratizio, onde il *code civil* ne tratta in un medesimo luogo (articoli 1905-1914). Estendere la categoria dei contratti ai

Digitized by Google

contratti cosidetti innominati, non solo non avrebbe più senso alcuno nel diritto moderno, ma condurrebbe a una deplorabile confusione di idee, dalla quale non uscirebbe salvo lo stesso concetto della realtà dei quattro contratti sunnominati. Che si reputino reali i contratti cosidetti *innominati*, si comprende al vedere che per diritto romano essi non generavano l' *actio praescriptis verbis*, o *in factum civilis* (SAVIGNY, *Oblig.*, § 73), introdotta dapprima pei contratti delle due forme *facio ut des*, *facio ut facias*, estesa poi anche a quelli delle altre due forme *do ut des*, *do ut facias*, i quali dapprima davano la *condictio c. d. c. n. s.*, o la *conditio ob c. datorum* (la prima quando la dazione era stata fatta *ob causam futuram*, v. WINDSCHEID, *Pandecten*, § 556 n. 1), se non in seguito all'effettuata prestazione di uno dei contraenti. Ma codesta somiglianza coi quattro contratti reali, veri e proprii, era tutta esteriore, e anche accidentale, poichè dipendeva esclusivamente dalla circostanza che il romano diritto, nel mentre emancipò tutti quei contratti dalle antiche forme di contrattazione, non ve ne sostitul altre, e quindi dovette riporre la perfezione loro nel fatto della prestazione, del *dare* o *fare*, per parte di uno dei contraenti. Nell'essere loro considerati, i contratti cosidetti *innominati* sono consensuali; e infatti, il principale fra essi, la *permuta*, non è essa consensuale nel diritto moderno (art. 1549 cod. civ.)? Ma avrebbe potuto egualmente il legislatore moderno ribattezzare *consensuale* il contratto di mutuo?

Il contratto reale adunque è una figura giuridica rispondente appieno a ragione, giustificata dalla considerazione del suo proprio oggetto od effetto, in relazione alla dottrina del contratto in generale. Azione esso non partorisce prima della prestazione della cosa, nella qual prestazione consiste la perfezione sua. Azione dico a conseguire l'oggetto proprio del contratto; chè se il contratto reale, non perfezionato colla consegna della cosa, la promessa, per es., del mutuo, possa mai partorire un'azione, sul qual punto io promisi più sopra di ri-

Digitized by Google

tornare, neppure adesso voglio ricercare (1); mi limito a dire che la sola concepibile azione per titolo di inadempita promessa di consegna della cosa, sarebbe quella di risarcimento. E il contratto reale è unilaterale sempre di sua natura, sia esso gratuito, o sia oneroso, cioè mutuo feneratizio, con questa sola differenza fra i due casi, che, nel primo, l'obbligazione posteriore alla consegna della cosa è soltanto di restituire, nel secondo essa è altresì di pagare gli interessi.

Ma, lo ripeto, quantunque unilaterale, il contratto reale oneroso, cioè il mutuo feneratizio, avrebbe potuto benissimo cadere sotto l'art. 1165, se in questo articolo, invece della menzione dei contratti bilaterali, ci fosse quella più ragionevole dei contratti *onerosi*. Il legislatore statuì bensì la risolvibilità del contratto di rendita, affine al mutuo feneratizio (art. 1785), ma ciò disse espressamente, mentre rispetto al mutuo oneroso lo escluse implicitamente, menzionando nell'art. 1165 i soli contratti bilaterali. E questa manifesta volontà del legislatore, a cui non è possibile trovar pretesti per resistere, molto meno porge occasione plausibile, a chi ne dissente, di coinvolgere nella medesima condanna sia l'unilateralità del contratto reale oneroso, cioè del mutuo feneratizio, sia, e molto meno, la stessa distinzione fra contratti consensuali e contratti reali.

---

(1) Questo punto ha ancor bisogno di essere studiato. Il Giorgi (*Obbl.*, 1ª ed., vol. III, n. 147) sembra proclive ad ammettere l'efficacia giuridica della promessa di contratto reale, ma confondendo insieme questa promessa con quella di un contratto bilaterale.

Digitized by Google

Risarcibilità dei danni morali.

Sul tema della risarcibilità dei danni morali abbiamo una ricca giurisprudenza in Italia e in Francia. E questa giurisprudenza è prevalentemente favorevole a quel risarcimento. Le premesse però, ond'essa si parte, non sono ben determinate, di che è conseguenza una crescente indulgenza, che non di rado mal si concilia colla serietà della giustizia. Parmi quindi omai giunto il tempo di sottoporre ad accurata e completa disamina quella dottrina, e di chiaramente definire se ed in quali casi in diritto civile possa ammettersi danno morale, nettamente distinto da danno patrimoniale, danno cioè che, pur essendo *morale*, possa formare oggetto di risarcimento pecuniario.

Anzitutto è necessario por mente alle varie specie di *danno morale*, che nella giurisprudenza distinguonsi.

La espressione *danno morale* può intendersi in due modi, l' uno stretto e proprio, l' altro lato ed improprio. In *senso stretto e proprio* danno morale è un danno che non cade su nessuna material cosa appartenente al danneggiato, che non si avverte quindi cogli esterni sensi, ma che soltanto internamente è sentito, sia che esso consista in una diminuzione di pregi non materiali, sia che consista nell'impedito acquisto di beni e pregi di indole morale, sia che consista nella offesa di interni e naturali e leciti affetti dell'animo. Onde è, per es., danno morale la scemata riputazione di una persona, la mancata educazione paterna a figli cui fu tolto il padre, un patema d' animo o afflizione procacciato ad una persona, agendo direttamente in di lei confronto, o d'altri, in modo illecito e contrario al diritto. In *senso lato ed improprio* è danno morale

Digitized by Google

ogni danno ingiustamente recato ad altrui, che non tocchi e non diminuisca il suo patrimonio. E quindi è *danno morale* in questo senso non soltanto quello ed inteso nello stretto senso indicato dianzi, ma eziandio quello che colpisce quelle altre materiali cose, appartenenti all'individuo, oltre ai beni patrimoniali, che sono l'integrità corporale, e la fisica salute. Le ferite, le percosse, la uccisione, sono danni morali anch' essi, perchè non patrimoniali, prescindendo dalle conseguenze patrimoniali e dalle afflizioni o patemi morali che pur ne possono provenire, sia nella persona stessa che fu lesa nel corpo, sia in altre persone che attengono a quella. La distinzione suddetta non è stata fatta dai molti scrittori e giudicati in materia di danno morale, e si vedrà in seguito come principal causa degli errori, in cui quelli sono caduti, sia appunto il non aver essi dominato con chiara veduta tutto il campo dell'applicazione della loro tesi.

Dei due detti significati della espressione *danno morale*, il secondo è certamente quello da preferire nella discussione della risarcibilità di questo danno. Imperocchè il vero e proprio significato della parola *danno*, in diritto civile, è quello di danno patrimoniale, epperò al danno in senso civile si contrappone non soltanto il danno morale in senso stretto e proprio, ma quello altresì che cade su ogni bene materiale, benchè non patrimoniale, e se la espressione *danno morale* può intendersi in modo da designare ogni specie di danno non patrimoniale, è questo il senso che le si deve attribuire nel discutere se in generale altri danni, oltre ai patrimoniali, nel gius civile si possano ammettere, cioè reputare risarcibili.

E quindi sono *danni morali*, oggetto di discussione, i seguenti: I) offese al corpo, le quali *a*) soltanto fisico dolore producono, e malattia, più o meno lunga, oppure *b*) oltre al fisico dolore, e alla malattia, cagionano mutilazioni, deformazioni, guasto irreparabile dell'organismo e della salute fisica; II) offese del decoro fisico-morale di una persona, come per es.,

Digitized by Google

uno schiaffo, una manomissione di donna altrui, che ne offenda più o meno gravemente la pudicizia, una violazione e diminuzione dell'altrui libertà personale, senza offesa del corpo, nè al decoro; III) tolti o scemati vantaggi, che una persona aveva diritto di aspettarsi da un'altra, in virtù di un' offesa corporea, o anche di un danno patrimoniale recato a quest'ultima, come per es., l'uccisione, o la distrutta salute, o il rovinato patrimonio dei genitori; IV) afflizioni morali o patemi d'animo, cagionati per ogni guisa di offese o alla diretta vittima di queste, o ad altre persone, attinenti ad essa, come per es., il patema d'animo di chi temette per molto tempo di non potere più ricuperare la salute, o quello di un figlio, di un padre, di una madre, per il male fatto ai genitori od ai figli.

Per tutte queste specie di *danni morali*, cioè non patrimoniali, si trovano nella giurisprudenza italiana, francese e belgica, giudicati che ammettono il risarcimento. Per es.: *ad.* I: la Corte di Catania, il 22 marzo 1877 (*Giur. it.*, 1877, I, 2, 367), condannò l'autore di percosse a risarcire, oltre al danno materiale, anche il morale, cioè il patimento fisico, e anche la corte d'appello di Torino, il 4 giugno 1880 (*Foro ital.. Rep.*, 1880, voce *Danni penali*, n. 23), condannò un feritore a risarcire, oltre al danno materiale, il danno morale patimento fisico; — *ad.* II; la corte di Casale, il 21 maggio 1872 (*Annali di giur.*, 1872, 2, 270), condannò al risarcimento l'autore di atti impudici sulla persona di due fanciulle non ancora dodicenni; la corte di Catania, il 9 settembre 1894 (*Giurisp. it.*, 1874, I, 2, 753), condannò a risarcimento l'autore di un libello famoso, con cui aveva scemato l'altrui onore e riputazione; lo stesso la corte d'appello di Torino, il 10 aprile 1880 (*Foro it.*, loc. cit., n. 17), e la corte di Messina, il 12 aprile 1882 (*ivi* 1882, II, n. 2) e la corte di Ancona, il 26 marzo 1883, (*Legge*, XI, I, 648); la cassazione di Roma, il 9 aprile 1883 *Foro it.*, 1883, I, 593), condannò pure a risarcimento per danno recato al buon nome altrui con infondata lite per simulazione

Digitized by Google

e frode; — *ad.* III: la corte d'appello di Aix, il 6 maggio 1872 (Dalloz, *Rép.*, 1873, 2. 57), condannò a risarcimento del danno morale-mancata influenza salutare del padre di famiglia, ucciso in un disastro ferroviario; — *ad.* IV: la cass. di Torino. 23 giugno 1881 (*Giur.*, 1885, 323) condannò a risarcimento dello spavento e del patema d'animo cagionato dal morso di un cane; la cass. di Firenze, il 28 marzo 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 907), condannò a risarcimento dello *strazio dell'animo* prodotto alla madre e dai fratelli periti in un disastro ferroviario; lo stesso la corte d'appello di Firenze, in una sentenza 17 dicembre 1887 (*ivi*, 1888, I, 40), confermata dalla precedente; e ambedue le corti dichiararono spettare il detto risarcimento alla madre e ai fratelli *jure proprio*, indipendentemente affatto dal diritto a risarcimento del danno patrimoniale; la corte di Bologna, 5 marzo 1869 (*Annali di Giur. it.*, 169, 2, 249), condannò un illecito costruttore sul fondo altrui a risarcire il danno della cessata compiacenza morale del soggiorno nell'edifizio deturpato; la corte di Trani, il 25 marzo 1896 (*Riv. giur.* di Trani, 1896, 1595) ammise risarcimento delle ansie provate in seguito a calunnie; la corte di Genova, 15 novembre 1895 (*Giur. it.*, 1896, 2, 570), dichiarò spettare ad una madre risarcimento delle « patite soffferenze » (morali) per la morte di un figlio in un infortunio industriale; la corte di Brescia, il 19 maggio 1890 (*Foro it*, 1890, I, 1024), condannò una moglie adultera a risarcire il marito del danno morale « di trovarsi solo in famiglia e senza possibilità di ricostituirla »; la corte d'appello di Milano, 2 febbraio 1897 (*Mon. d. Trib.* 1897, 288), e la corte d'appello di Venezia il 13 aprile 1897) *Temi Veneta* 1897, 331) ammise pure risarcimento di patemi d'animo; la corte d'appello di Bruxelles, il 24 giugno 1882 (ap. Beltjens, *Encyclop. du droit civil belge*, III, pag. 32), condannò a risarcire una madre pel dispiacere cagionatole coll'uccisione, per imprudenza, di un suo bambino. Molte altre sentenze francesi e belgiche si possono ricordare, e p. es.:

Digitized by Google

Montpellier, 3 aprile 1855 (Dalloz, *Rép.* 1856, 2, 141), cassazione di Parigi, 16 agosto 1860 (*ivi*, 1860, I, 493), Bourges, 23 gennaio 1867 (*ivi*, 1867, 2, 197), Bruxelles, 17 marzo 1881 (*Pasicrisies Belges*, 1881, I, 163) e 26 luglio 1852 (*ivi*, 1852, I, 461); tribunale di Bruxelles, 23 aprile 1883 (*ivi*, 1883, 3, 117), e 24 dicembre 1887 (*ivi*, 1888, 3, 23). Notisi altresì che specialmente nella giurisprudenza belgica fu discussa la quistione se ed a quali persone, oltre al direttamente danneggiato, spetti il risarcimento del *danno morale,* e prevale l' opinione che l'azione spetti anche ai parenti in linea retta del danneggiato diretto. La quale opinione si è veduto sopra essere stata adottata anche in Italia dalla corte d'appello e dalla cassazione di Firenze.

Tali sono le varie specie concrete di cosidetto *danno morale* reputato risarcibile dalla giurisprudenza italiana, francese, belgica. *Danno morale* distinto affatto, lo ripeto, dal danno patrimoniale; *risarcibilità*, nel vero e proprio significato civilistico di questa parola, cioè traducibilità di quel danno, non patrimoniale, e benchè non patrimoniale, in una data somma di danaro, come equivalente suo.

A conferma e maggiore schiarimento di questi due punti, sono indispensabili le osservazioni seguenti:

Non sono da reputarsi favorevoli nè al generale concetto del danno morale, nè alla risarcibilità di questo, i giudicati, spesse volte citati da tal punto di vista, intorno al risarcimento di offese all'onore, che traggono seco indirettamente danno patrimoniale. Tali sono specialmente: *a)* giudicati che condannano a risarcimento i promotori di infondate dichiarazioni di fallimento, revocate poi, colla contemporanea dichiarazione del dolo e della colpa di quelli; *b)* giudicati che condannano a risarcimento i seduttori di donne, sotto promessa di matrimonio, o altrimenti, con frode.

Non sono pochi davvero i giudicati dell'una e dell'altra specie. Veggasi per es.: *ad a)* corte di Milano, 19 agosto 1873

Digitized by Google

(Ann. di giur., 1873, II, 171) e 5 aprile 1892 *(Foro ital.*, 1892, I, 831); corte di appello di Napoli, 28 ottobre 1870 *(Giur. ital.*, 1871, II, 693); corte d'appello di Roma, 24 maggio 1881 *(Foro ital.*, *Rep*', 1881, voce *Fallimento*, n. 109); cassazione di Torino, 17 luglio 1885 *(ivi*, 1885, I, 873), 1° maggio 1883 *(ivi*, 1883, *Rep.*, voce *Fallimento*, n. 391), 9 settembre 1882 *(ivi*, 1882, *Rep.*, d. v., nn. 130, 131), 30 settembre 1881, *(ivi*, 1881, *Rep.*, voce *Respons. civ.*, n. 20), 19 marzo 1879 *(ivi*, 1879, *Rep.*, d. v., n. 16); corte di Casale, 21 marzo 1884 *(ivi*, 1884, *Repert.*, d. v., nn. 108, 110); cassazione di Palermo, 27 luglio 1893 *(ivi*, 1893, I, 1234) — *ad b)* corte di Genova, 31 marzo 1891 *(ivi*, 1891, I, 885); cassazione di Torino, 11 ottobre 1887, *(ivi*, 1887, I. 1136); corte di Brescia, 12 gennaio 1885 *(ivi Repert.*, 1885, voce *Danni*. n. 42), e 4 maggio 1886 *(ivi, Rep.*, 1886, d. v., nn. 28, 29); corte di Milano, 28 luglio 1885 *(ivi*, *Rep.*, 1888, d. v,, n. 28); corte di Genova, 5 ottobre 1887 *(ivi. Rep.*, 1887, voce *Responsabilità civ.*, n. 16); corte di Bologna, 18 dicembre 1892 *(ivi. Rep.*, 1893, d. v. n. 31); cassazione di Roma, 6 marzo 1893 *(ivi*, 1893, I, 350); corte di Bordeaux, 23 novembre 1852 (Dalloz, *Rép.*, voce *Responsabilité*, n. 160). Or tutti questi giudicati non concernono propriamente la questione dell'esistenza e della risarcibilità del danno morale, perchè non è propriamente danno morale quello che si risarcisce in tutti i relativi casi. Il negoziante, di cui colposamente e infondatamente si provoca dichiarazione di fallimento, non viene soltanto offeso nel suo buon nome mercantile, ma viene positivamente danneggiato, e, magari, anche rovinato nei suoi interessi mercantili; e la donna sedotta con frode, non viene soltanto offesa nel decoro suo personale, ma viene altresì costituita nella quasi impossibilità di un conveniente collocamento, il che è pure grave danno patrimoniale. Il danno morale, che sulle prime sembra titolo dell'azione e oggetto del risarcimento nei detti casi, non è in realtà che rappresentativo di un danno patrimoniale. Sono casi e giudicati gli anzidetti, nei quali non direttamente si ha

Digitized by Google

di mira un danno morale, ma indirettamente un danno patrimoniale. Ed ora è risaputo che il danno patrimoniale, consumato con una azione illecita, non è soltanto quello che *direttamente*, ma anche quello che *indirettamente*, purchè necessariamente, da quell'azione proviene. Perchè i suaccennati giudicati potessero addursi come favorevoli alla tesi della esistenza (in gius civile, s'intende) ed alla risarcibilità del danno morale, occorrerebbe per lo meno che in essi venisse il risarcimento dichiarato comporsi di due parti, l'una rispondente al vero e proprio e diretto danno morale dell'offeso buon nome, o dell'offeso decoro personale, l'altra rispondente all'indiretto danno patrimoniale, della qual distinzione non vi ha traccia.

Neppure è da confondersi il risarcimento del *danno morale* in senso civilistico, cioè quale vero equivalente pecuniario, colla riparazione pecuniaria penale di quel danno. La legislazione penale, in Italia, come in tutti gli altri paesi, infligge in certi casi una riparazione pecuniaria all'offeso, e sono appunto casi di danno morale. L'articolo 38 del vigente codice penale statuisce che: « oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'*onore della persona o della famiglia*, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa una somma determinata a titolo di riparazione ». Codesta riparazione pecuniaria di un reato producente danno morale, è bensì affatto diversa dalla multa o pena pecuniaria, ma non è neppure a confondersi col vero e proprio risarcimento. Essa è una vera pena in diritto italiano, come lo era nel Diritto Romano, e non è quindi maggiormente possibile in quello, che non lo fosse in questo, dalla riparazione penale pecuniaria dell'offesa, neppure in quei soli casi, in cui il diritto italiano l'ammette, desumere il concetto di un danno morale risarcibile, da trasportare poi nel campo del gius civile. Nè osta la circostanza che l'art. 38 esige la domanda della parte offesa affinchè la riparazione pecuniaria possa essere accordata; ciò si spiega abbastanza al riflettere

Digitized by Google

che quella riparazione viene incassata dal danneggiato. E, perchè di natura penale, la riparazione in discorso non può essere domandata che in sede penale, e non può essere inflitta che dal giudice penale, mentrechè il danno morale, se, ed in quanto repetibile sia, può indifferentemente farsi valere in sede penale e in sede civile. E in realtà è ben difficile che la colpa extracontrattuale non dia occasione a procedimento penale, sia d'ufficio, sia ad istanza di parte. In ogni procedimento penale il danneggiato può costituirsi parte civile, ma egli può anche non farlo, e in tal caso non può agire per il danno che in sede civile (art. 573 cod. proc. penale). Ma anche se il giudice penale sia stato richiesto di condanna per risarcimento del danno, può nondimeno rimaner competente a questa pronunzia il giudice civile, se il giudicc penale abbia dichiarato non farsi luogo a procedimento per semplice mancanza di prove (art. 6 cod. proc. pen.), o se il querelante, desistendo dalla querela, riservisi espressamente l'azione civile (art. 118 ib.), o se l'azione penale pubblica sia stata resa impossibile da amnistia (v. cassazione Firenze, 15 luglio 1895, *Temi veneta*, 1895, 497; Appello Genova, 8 dicembre 1895, *Temi genovese*, 1896, 89). Non si possono quindi annoverare, come taluni fanno, fra i giudicati favorevoli alla refettibilità del danno morale, quelli pronunziati in sede penale, applicando il disposto del codice penale intorno alla riparazione pecuniaria di certe offese; tali per es., corte d'appello di Firenze, 7 febbraio 1873 *(Annali di giur.*, 1873, 2, 137); corte di Perugia 4 giugno 1877) *Legge*, 1877, I, 859); corte di Catania, 9 settembre 1874 *(Giur. ital.*, 1874, I, 2, 753); corte di Messina, 12 aprile 1882 *(Foro it.*, 1882, I, 648); cassazione di Parigi 9 dicembre 1834 (Dalloz, *Rép.*, voce *Responsabilité*, n. 236): corte di Rouen, 27 maggio 1844 *(ivi*, n. 256).

Posto in chiaro il concetto delle varie specie di danno morale, e dei caratteri proprii e distintivi di questo danno, egli è ancora necessario premettere alla discussione intorno

Digitized by Google

all'ammissibilità di un tale danno e del suo risarcimento, la esposizione dello svolgimento storico di questo concetto, e quella dello stato attuale della scienza e della legislazione in Italia e fuori rispetto al medesimo.

Certamente nel diritto romano non vi ha nè traccia nè germe del concetto che i così detti danni morali si possono risarcire; non ha infatti che vedere con tal concetto la riparazione a danaro, ammessa in diritto romano rispetto alla ingiuria. L'*injuria*, espressione di lato senso, si applicava in particolare anche ad offese morali, ma l'azione che ne conseguitava a riparazione pecuniaria, era per natura sua penale, sia che nelle ordinarie forme venisse esercitata, sia che mediante *extra-ordinaria cognitio* (l. 10, I, *de inj.*), in vista del danno cioè, o in vista della *contumelia* (l. 45, 46, D. *de inj.*). E la pena pecuniaria dell'*injuria* non poteva essere domandata che dall'offeso; agli eredi non passava, nè dell'offensore, nè dell'offeso.

Nè soltanto il sentimento giuridico romano era del tutto alieno dal concetto di vera e propria, direbbesi oggi civilistica, equivalenza fra danaro e cosa non materiale o patrimoniale, quale è appunto un danno morale, ma rispetto ad una specie di danno morale, cioè alle lesioni corporali, alle cicatrici e deturpazioni corporee, il gius romano contiene dichiarazioni esplicite e solenni di negazione che risarcire si possa con danaro. Leggesi nella l. 7, in f., D. *de his qui effud.; cicatricum autem aut deformitatis nulla fit ostinatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.* Notisi il motivo *tutto morale* per cui il giure romano nega il risarcimento di quella specie di *danno morale*, e quindi anche in tutte le altre; si vede che pei Romani questo risarcimento, che a molti moderni sembra tanto ovvio, era invece una impossibilità morale, e quindi anche razionale. E a ciò riflettendo si possono al certo anticipatamente dire sofistici e disperati tutti i tentativi che si facciano per ricollegare col diritto romano il risarcimento

Digitized by Google

del cosidetto *danno morale,* racimolando e forzando alcuni passi isolati delle Pandette. Vi ha bensì in queste qualche esempio di azione spettante ad altri che al danneggiato nel corpo suo, ma è sempre azione penale, e colla qualità di *popolare.* Tale, p, es., l'*actio de effusis et dejectis.* Questa poteva essere fatta valere anche da chi *affinitate cognationeve defuntum contingit,* ma perchè tale soltanto, non già perchè erede, e perchè l'azione, oltre ad essere penale, è anche popolare. Dice anzi il testo: *quod in corpore libero danni datur, jure hereditario transire ad successores non debet* (l. 5, § 5, D. *eod.*).

Il paese in cui si venne formando e invalse, e da cui fu comunicata ad altri la dottrina civilistica del risarcimento del danno morale, è la Germania. E propriamente a gradi si venne la dottrina del danno in tal senso allargando, ma senza che mai vi raggiungesse quella pienezza che vorrebbesi oggi da alcuni giuristi, specialmente nostrali, e che in sè abbraccia tutte quante le specie di danno morale, distinte ed enumerate sopra.

Nel gius comune tedesco le offese nel corpo e nell'onore sono oggetto di risarcimento pecuniario, distinto dalla pena. La relativa azione viene considerata *utilis actio legis aquiliae,* e il risarcimento a cui essa tende chiamasi *schmerzensgeld* (danaro o prezzo del dolore). La giurisprudenza tedesca annovera in tal senso molti giudicati delle corti di appello di Oldemburgo, Monaco, Cassel, Celle, Jena, Rostock (v. WINDSCHEID, *Pand.*, vol. II, p. 646, nota 30). Taluni giureconsulti però, fra i quali WINDSCHEID (*ivi* § 326, nota 11), opinano che, se la legge penale commini una pena pecuniaria per le dette offese *(Busse)*, non si faccia più luogo a *schmerzensgeld.* Nel diritto comune tedesco però il più frequente *danno* morale refettibile sono le lesioni corporali, e lo *schmerzensgeld* intendersi più comunemente compenso del dolore fisico ingiustamente ad altri cagionato. Danno morale in senso di semplice

Digitized by Google

patema d'animo, che può tanto conseguitare ad una offesa fisica, quanto ad una morale, e tanto può essere nella vittima diretta dell'offesa, quanto in terze persone, non è mai stato sognato da nessun interprete del gius comune tedesco che potesse essere oggetto dello *schmerzensgeld.*

Dal gius comune lo *schmerzensgeld* per titolo di offese corporali è passato in parecchie leggi positive tedesche del nostro secolo, come nel codice civile sassone (§ 1490), in una legge virtemberghese del 5 settembre 1839, in una legge badese 6 marzo 1845, nei Progetti di codice civile assiano e bavarese, e nel Progetto sassone di una legge sulle obbligazioni. Dalla stessa fonte proviene al certo anche il § 1326 del codice civile austriaco, il quale suona: « se la persona danneggiata è stata dall'offesa resa deforme, si deve, principalmente se essa sia di sesso femminile, aver riguardo a questa circostanza, in quanto può essere impedita nei mezzi di migliorare la sua sorte ». Egli è però facile avvertire che lo *schmerzensgeld* nei casi di deturpazione corporea è meno un risarcimento di danno morale, cioè del fisico dolore, che del danno patrimoniale, indirettamente da quella deturpazione cagionato, onde le dette leggi tedesche male si citerebbero a favore della dottrina del danno morale in senso proprio, nonchè nella estensione voluta darle oggi da alcuni giuristi. Vi hanno però anche leggi tedesche moderne, le quali nettamente distinguono lo *schmerzensgeld* dal risarcimento delle spese di cura, e del danno cagionato dall'incapacità di lavoro e di guadagno; tali il Landrecht prussiano (l. 6, § 112-114), e il codice civile sassone (§ 1490).

Mentre il gius comune tedesco si venne scostando nella guisa dall'insegnamento romano, i più insigni romanisti tedeschi non furono nè sono concordi nel giudizio di siffatta innovazione. L'accettarono in fatti Wächter e Arndts *(Pand.*, II ed., p. 611-12), la combatterono Seitz, Puchta e Koeppen; Windscheid la combattè dapprima, e poi finì per accettarla

Digitized by Google

(l. c., pag. 646, n. 81). E non mancarono giudicati tedeschi, ostili alla dottrina dello *schmerzensgeld*, in nome del diritto romano: così per esempio la corte d'appello di Wiesbaden *(ivi)*, invocando appunto la l. 7, D. *qui effud.*

L'impulso, dato in Germania all'allargamento del concetto del danno al di là della cerchia patrimoniale, produsse maggiori effetti nei paesi retti dal *code civil.* Mentre questo nulla affatto dice intorno al cosidetto danno morale, la giurisprudenza francese e belgica lo volle interpretare favorevolmente ad esso. Fu essa inventrice della stessa espressione *danno morale*, ma, come renderò chiaro più sotto, non venne mai a ben definire i concetti relativi ad essa, e questa indeterminatezza di idee fu, come ho già avvertito, causa di quel continuo allargarsi della dottrina del risarcimento di danni non patrimoniali, senza ben definiti criteri, e quasi inconsapevolmente, per sola virtù della espressione generica *danno morale*, di cui oggi dà spettacolo la giurisprudenza civile, specialmente italiana.

Codesta tendenza della giurisprudenza odierna non poteva rimanere senza effetto sulla legislazione contemporanea. E fu precisamente in Isvizzera non piccola la vittoria riportata da questa nuova forma di *liberalismo,* che ogni e qualunque offesa, benchè non patrimoniale, dalla lesione corporea al *patema morale*, vorrebbe tramutare in risarcimento pecuniario.

La legge svizzera sulle obbligazioni del 1879 accorda, in caso di uccisione o di lesione corporale prodotta da dolo o da colpa grave, ai superstiti dell'ucciso, o all'offeso stesso, una somma conveniente *(équitable)*, oltre alla riparazione del danno patrimoniale risentito da queste persone (art. 60). Col che, oltre allo *schmerzensgeld*, si viene ad ammettere, nei detti casi, compenso anche del semplice *patema morale,* e questo si considera e si risarcisce anche in terze persone. Due concetti codesti non mai stati accolti prima da nessuna legislazione, nè in particolare dal diritto comune tedesco, e cui

Digitized by Google

aveva, come ho detto, già fatto strada la giurisprudenza del *code civil*. Eccezione è da farsi soltanto per il diritto inglese, il quale è noto ammettere risarcimento pecuniario per qualunque lesione del decoro personale altrui, per esempio, baciando una donna altrui, « e, negli Stati Uniti, accorda risarcimento pecuniario anche dei semplici patemi d'animo, causati con malizia o inumanità » (v. MARCHESINI, *Foro it.*, 1889, I, 43).

Non devesi però neppure esagerare la vittoria dalla dottrina civilistica del danno morale nella stessa legislazione svizzera. Imperocchè, come ho notato, essa non ammette che di danni morali si parli se non come di effetti di lesioni corporali, della quale limitazione non si accontentano davvero gli apostoli odierni del risarcimento di danni non patrimoniali prodotti con fatti illeciti extra-contrattuali.

L'esempio svizzero non fu seguito dai compilatori del codice civile germanico. In sostanza, questo codice rimane fedele al concetto che si è veduto dominante nel gius comune tedesco, che cioè, all'infuori di danni patrimoniali, non consideransi in gius civile per il risarcimento altri danni fuorchè quelli che colpiscono il corpo. Tali sono l'uccisione, ogni altra lesione corporale, e la violata libertà personale. Nei casi di offese di questo genere il codice distingue nettamente le conseguenze patrimoniali dalle altre. In caso di uccisione il § 722 vuole risarciti agli eredi i diritti patrimoniali che l'ucciso aveva diritto di godere, e gli acquisti che avrebbe fatti nel restante della sua vita. E tanto nel caso di uccisione, quanto in quello di altra lesione corporale, §§ 723, 727, vogliono risarcito anche chi avesse avuto diritto ad alimenti dall'offeso, che non può più prestarli. Oltre a questi danni patrimoniali, il codice civile germanico ammette, nei detti casi, e in essi soltanto, diritto a risarcimento anche di danni non patrimoniali (*nicht vermögensrechtliche Schäden)*, o *danni morali*, come dicesi oggi fra noi (§ 728). E per questi s' intendono certamente anzitutto i dolori fisici, onde questo codice ha

Digitized by Google

mantenuto il concetto dello *schmerzensgeld,* che appunto, come dissi, principalmente ai dolori fisici si riferiva, ma non ha inteso soltanto codesto. La espressione *danni non patrimoniali* comprende nella generalità sua non soltanto il dolore fisico, ma anche altre sofferenze non patrimoniali. E nei *Motivi (Motive zu dem Entw. des bürger. Gesetzb.* 1888, vol. II, pag. 801) è cioè anche espressamente riconosciuto *(es will nicht einleuchten, wesshalb nur das Erdulden eines körperlichen Schmerzens dürch Zahlüng einer Geldsumme auszzugleichen sei).* Ma quali altre sofferenze o danni non patrimoniali propriamente intende il codice civile tedesco nei detti casi, oltre al dolore fisico? Nei Motivi si parla di lesione di *ideelle Rechte, diritti ideali,* ma quali sono questi? Il decoro personale, l'onore, la pudicizia, specialmente in una donna, possono al certo riputarsi tali, ma non di certo la semplice tranquillità o serenità interna dell'animo, onde anche i semplici patemi d'animo, o patemi morali, o afflizioni di spirito, si debbano, in virtù di quel paragrafo, nei detti casi risarcire. Niente ci autorizza a codesta interpretazione, nè la parola della legge, nè i motivi di questa, nè la tradizione giuridica germanica, nè la stessa circostanza che degli *ideelle Rechte* il codice tien conto soltanto nei casi suddetti. Soggiunge poi il § 728 che il risarcimento di quei *diritti ideali,* e, quindi lo stesso *schmerzensgeld,* non può essere domandato dagli eredi del danneggiato, ai quali passa soltanto il diritto di profittare della relativa sentenza passata in giudicato, o anche dell'azione giudiziale promossa davanti al giudice competente durante la vita dell'offeso. Circostanza anche questa, che milita contro l'opinione che il codice civile germanico consenta in generale il risarcimento dei semplici *patemi d'animo.*

Ciò posto, è a dirsi che il nuovo codice civile germanico ha bensì fatto un passo in là dell'antico diritto tedesco in materia di risarcimento di danni non patrimoniali, ha ammesso *danni morali risarcibili,* oltre allo *schmerzensgeld,* ma alla

Digitized by Google

dottrina del danno morale dà una estensione senza paragone minore di quella che vi dànno i giuristi francesi, belgici e italiani odierni, e anche di quella che vi dà la legge svizzera sulle obbligazioni del 1879, sia per ciò che riguarda il numero e le specie dei concreti casi da considerare, sia per ciò che riguarda le specie di danno morale, sia per ciò che riguarda le persone aventi diritto a pretendere risarcimento.

Come ho già più volte osservato, la tesi della risarcibilità del danno morale, nella generalità sua, e in quell'ampiezza che ho delineato più sopra, è stata propriamente inventata e adottata dai moderni interpreti del *code civil* in Francia e nel Belgio e dai seguaci loro, interpreti del codice civile italiano.

Ma egli è anche a notare che quasi tutti questi giureconsulti hanno accettato e proclamato quella tesi, non già in seguito ad accurato studio dell'argomento, e a serie discussioni, ma alla leggera assai, osservando più che dimostrando, e, propriamente, soltanto sedotti da quella razionalità che a prima giunta accompagna la espressione *danno morale*. Si sono detti: come il male e l'offesa non sono patrimoniali soltanto, ma morali altresì, così al concetto di *danno patrimoniale* si contrappone quello di *danno morale*, e di qui vennero senz'altro alla conclusione che, se è risarcibile il primo, deve esserlo anche il secondo. Veduto poi che in realtà taluni danni che essi a torto battezzavano di *morali*, erano certamente risarcibili, si confermarono nella verità dell'anzidetta conchiusione, e propriamente conchiusione generale, per ogni e qualunque specie dei cosidetti danni morali. Non si diedero essi la briga di indagare se veramente il concetto di *danno morale* avesse valore civilistico come quello di danno patrimoniale, se cioè oltre ad una razionalità o intelligibilità astratta il primo concetto avesse anche razionalità concreto-giuridica, e neppure indagarono se, per avventura, quei casi di cosidetto danno morale, la cui risarcibilità è indiscutibile, non fossero per avventura in realtà, se non in apparenza, danni patrimoniali. Una

Digitized by Google

precipitata illazione, e una insindacata riprova, bastarono a quei giureconsulti perchè accettassero e proclamassero la tesi generale della risarcibilità per civile diritto di tutti quanti i così detti danni morali, cioè non patrimoniali. E posta una volta questa tesi generale, non ci furono speciali e concreti esempi cui non osassero applicarla, non credendosi in obbligo di neppure mai sospettare che un'applicazione speciale potesse far rivocare in dubbio la tesi generale, che essi eransi appunto assolti di costruir come tale senza previa analisi, estesa e sottile, di tutte le possibili conseguenze pratiche sue.

Il Laurent p. es. (vol. XX, 395) pone il canone generale che il giudice ha libera facoltà di constatare anche il danno morale, e di tenerne conto, poichè la legge (art. 1382 code civil) parla di danno in generale. Ma subito dopo egli concreta il concetto del danno morale, riferendolo alle offese all'onore e alla riputazione, che costituiscono l'*essence de notre être*. Quantunque, egli dice, non si possa valutare in danaro il danno morale, non è obbiezione codesta, poichè dal non potersi accordare una riparazione esatta, non consegue che non se ne debba accordare nessuna. E dà poi come esempi di danni morali risarcibili: una infondata contestazione di legittimità a solo scopo di scandalo, la diffamazione di una donna, e, in generale, le diffamazioni per mezzo della stampa, il sospetto di reato fatto nascere a carico di un innocente. In altro luogo (ib., n. 525 e seguenti) il Laurent approva la già citata sentenza d'Aix la quale considera danno morale refettibile il danno provato dalla vedova e dai figli di un ucciso in un disastro ferroviario, non solo pel mancato sostentamento, ma altresì per la mancata influenza salutare del padre di famiglia, e pei legami di affetto infranti per sempre; ma soggiunge che non si può pagare la vita di un marito o padre, e che non si deve fare una speculazione sulla loro morte. Non esita invece a trovar giusta la pur citata sentenza di Bourges, che impose al responsabile della mutilazione di un'operaia il risarcimento del danno avuto

Digitized by Google

non solo dalla mutilata, ma anche dalla madre che profittava del lavoro della figlia.

Come si vede, il Laurent non solo non tratta a fondo l'argomento, nè giustifica la generale tesi sua, e neppure dà a divedere di scorgere tutta la orbita delle logiche applicazioni di essa, ma confonde col danno morale vero e proprio, quello che solo in apparenza è tale, ma in realtà è patrimoniale, e anche confonde il risarcimento civile del danno morale colla riparazione pecuniaria penale di esso. Chè anzi egli chiama espressamente *pena* il risarcimento in discorso (ib., numero 350).

Aubry e Rau *(Cours de droit civil franç.*, IV, § 445) sono ancor meno diffusi di Laurent intorno al tema del danno morale. Essi collegano i due concetti di *torto morale* e *danno morale*, ma il concetto e limiti di questo danno non precisano. Sembra però che essi vadano più in là di Laurent, ravvisando danno morale risarcibile nei semplici patemi di animo, perchè affermano il diritto di risarcimento di una figlia, il cui padre sia stato ucciso, e il cui mantenimento non faceva carico al padre. Insegnano però che il diritto di risarcimento di un *torto morale* non passa agli eredi, se non dopo la contestazione della lite.

Il Larombière (*Théor. et prat. des oblig.*, art. 1382, n. 27) non è più diffuso ed esplicito di Aubry e Rau. Anch'egli fa del *danno morale* un concetto correlativo a quello di *torto morale*, che offende « la libertà, la sicurezza, l'onore, la considerazione, e le legittime affezioni », la quale ultima menzione fa comprendere che anch'egli è favorevole al risarcimento dei *patemi d'animo*, o morali afflizioni.

Da queste citazioni chiaro apparisce che nella giurisprudenza francese e belgica odierna la risarcibilità di tutti quanti i danni morali, da quelli che in patrimoniali si risolvono, a quelli che più sono lontani da questi, cioè ai semplici *patemi d'animo, morali*, è oramai una tesi invalsa e pacifica, ma,

Digitized by Google

come ho detto sopra, senza che ne sia data adeguata dimostrazione, e senza neppure che ciascuno degli apostoli suoi abbia chiara consapevolezza di tutta quanta la cerchia delle possibili applicazioni pratiche di quella tesi.

La giurisprudenza italiana ha seguito l'esempio della francese, cioè ha fatto propria la tesi generale del risarcimento dei danni morali, senza maggiore riflessione, nè studio di quella. Anche per molti giureconsulti italiani questa tesi non ha bisogno di dimostrazione, si capisce da sè; il che non è per essi, come pei francesi, che un confondere il significato volgare, l'ammissibilità, dirò così, meramente lessica, della frase *danno morale*, col significato e colla ammissibilità giuridica sua. Vero è che quei giureconsulti italiani ebbero un motivo e una scusa di più dei francesi, di commettere quella leggerezza; l'essere questa già stata commessa da altri. Se qualcosa di proprio riscontrasi negli imitatori italiani, è la sincerità e il coraggio con cui essi enumerano e accettano tutte le possibili applicazioni pratiche della tesi in discorso.

Da questo punto di vista nessun giureconsulto, nè francese, nè italiano, può paragonarsi col cons. Giorgi. Non dubiti però questo chiaro giurista che, censurando ora il metodo, più tardi la sostanza della sua dottrina del danno morale, io venga meno alla profonda stima che ho per lui comune con quanti conoscono i suoi scritti.

Per il Giorgi adunque *(Tratt. delle obbl.*, 1ª ediz., vol. V, n. 161 e segg.), « *non è più discutibile* il risarcimento pecuniario dei *danni morali*, già ammesso in Diritto Romano coll'*actio injuriarum aestimatoria*, e nelle *leggi barbariche*, le quali multavano a danaro tutte quante le offese » (n. 238). Per lui « la quiete, la bellezza, il credito, l'onore, la libertà, se non è possibile pagare a suon di moneta.... però un criterio approssimativo di valutazione, secondo la stima che gli uomini fanno di certi piaceri e beni morali, si può trovare » (ib). — Venendo a pratiche applicazioni, il Giorgi ammette

Digitized by Google

non solo che si pretenda il prezzo di affezione di cose fatte perdere per altrui malizia (n. 240), che i superstiti dell'ucciso abbiano diritto a compenso del danno patrimoniale sofferto per questa perdita (n. 241), che si debba compenso pecuniario del danno prodotto da delittuose deformazioni (n. 243), ma altresì che si debbano compensare i *patemi morali* per la perdita di persona amata e della quiete della famiglia (n. 242), i dolori e le angoscie di una cura e di una operazione chirurgica (ib.), le offese contro il buon nome (n. 244), i turbamenti prodotti da minaccie, da violazioni di domicilio, da dolosa turbativa di possesso, da apertura arbitraria di lettere altrui, ogni contaminazione dell'onore di una donna onesta con atti immorali (n. 245), l'offesa alla libertà personale, sia per opera di privati, sia per abuso di potere di pubblici ufficiali (n. 246).

Come si vede, non c'è nessuna delle categorie di danni morali, distinte più sopra, a cui il Giorgi non faccia buon viso, locchè non si può dire davvero di nessuno dei predecessori suoi. E la franchezza eguaglia l'ampiezza della professione di fede. Il Giorgi ha oltrepassato di molto il liberalismo della legislazione svizzera del 1879, che già abbiamo veduto non essere poco; imperocchè, mentre questa legge limita il risarcimento dei patemi morali di terze persone ai soli casi di uccisione o di lesione personale, e a beneficio soltanto dei parenti superstiti, il Giorgi invece lo accorderebbe anche nel caso di turbata quiete della famiglia, e non soltanto a benefizio dei parenti, ma anche degli amici. — A quanta distanza poi si trovi il Giorgi dai francesi, apparisce, oltre che dall'aver egli tutte le escogitabili specie di danno morale contemplate ed ammesse a risarcimento, anche e più dalla franca ed estesa accettazione del risarcimento dei *patemi d'animo*, sul quale punto si è veduto che i francesi non sono tutti espliciti, — e dalla non meno esplicita dichiarazione che per titolo di tali patemi gli eredi dell'offeso possano agire in risarcimento, non solo *jure hæreditatis*, ma anche *jure proprio*.

Digitized by Google

E ognuno avverte subito, paragonando codesti insegnamenti del Giorgi colle tendenze predominanti nella attuale nostra giurisprudenza in materia di danno morale, che, se in Italia qualcuno ha coll'autorità sua contribuito a determinare questa tendenza, egli è certamente il Giorgi. In fatto di risarcimento di *patemi morali* in ispecie, la giurisprudenza italiana va liberaleggiando sempre più, in un modo e in una misura senza esempio nessuno, neppure in Francia, appunto come il nostro Giorgi liberaleggia più che nessun altro anteriore scrittore, anche francese. Ma, lo ripeto, se gli italiani non hanno maggiormente dei francesi studiato e giustificato quel loro procedere, hanno però sovra di questi il merito di maggior franchezza e conseguenza nel desumere tutte le logiche illazioni dalla troppo generale premessa, che accettarono troppo leggermente da essi.

Come il Giorgi, pensa anche il Lozzi *(Giurispr. ital.*, 1883, IV, 1229). In una speciale monografia di questo giureconsulto intorno ai danni morali, i concetti non sono più chiari, nè più precisi che negli scritti anteriori sull'argomento; ma che egli pure reputi doversi risarcire ogni e qualunque specie di danno non patrimoniale, non è dubbio. Bensì il Lozzi ha il merito di avvertire l'indole tutta subbiettiva del danno morale, benchè non siasi accorto che essa appunto costituisce una grave difficoltà contro la sua tesi, perchè osta in pari tempo all'accertamento del danno, e alla valutazione di esso. Il Lozzi non si accorge di ciò neppure di fronte a talune singolari applicazioni, che egli stesso fa della sua tesi, come, per es., quando dice che lo schiaffo da facchino a facchino offende meno che da gentiluomo a gentiluomo; asserzione discutibilissima codesta nella generalità sua, poichè ognuno conosce facchini gentiluomini, e cosidetti gentiluomini che sono facchini; che se anche vera fosse, essa porrebbe in indicibile imbarazzo il giudice, il quale, se in generale non ha criterio positivo per tradurre il decoro personale in danaro, meno ancora ne ha per

Digitized by Google

tariffare variamente quel decoro, e il corrispondente equivalente pecuniario, da persona a persona.

Dello stesso avviso sono anche il SERAFINI *(trad. dell'Arndts*, 3ª ediz., vol. 2, p. 367), il VIDARI *(Legge*, 1891, 1, 729), e l'avv. G. SCANDURA SAMPOLO. Questo egregio giurista ha scritto: *Del risarcimento dei danni morali* (Palermo, 1897) in risposta alla prima edizione di questo mio scritto (nella *Giur. it.*, 1896, 2, p. 569, e seg. i. n.). Di alcune sue critiche tengo conto nella edizione presente

Non mancano però decisi avversari in Italia della dottrina della civile risarcibilità dei *danni morali*. Tali sono gli avvocati Marchesini e Pedrazzi, il Prof. Cavagnari, (Scuola *positiva*, 1893, 982), e il prof. Chironi.

Il Marchesini (l. c.) non ammette danno morale risarcibile, che non si traduca in danno materiale, cioè patrimoniale. Le pure affezioni troncate o turbate non ammette che diano materia a risarcimento del patema di animo corrispondente. Se, dic'egli, si ammetta il contrario « vi è pericolo di non saper trovare una giusta misura per la valutazione del danno, discutendo sulla verità e quantità del cordoglio provato dai superstiti ». Che poi il risarcimento del danno morale possa mai essere richiesto da superstiti del danneggiato, sia *jure proprio*, sia come eredi, il Marchesini nega recisamente.

Il Pedrazzi *(Giur. ital.*, 1892, IV, 357), dopo avere posto in chiaro che in Diritto Romano il risarcimento del danno morale non è ammesso, e che l'*actio injuriarum*, per cui stimavasi pecuniariamente la offesa, era un' azione penale, egli sostiene in tesi generale l' impossibilità di quel risarcimento. « Imperocchè, egli dice, come si prova il danno morale? Quanto all'offesa de' sentimenti d'affetto, cioè ai così detti patemi d'animo, come potrà il giudice apprezzarne la sincerità e il grado, e quindi l' entità di ciò che si deve risarcire? Egli argomenterà da sè stesso, e quindi potrà facilmente ingannarsi ». E poi, prosegue il Pedrazzi, come si può trovare equivalenza fra

Digitized by Google

un patema d'animo e una somma di danaro? Tutt' al più anche il Pedrazzi ammette risarcimento di cosidetti danni morali, quando questi racchiudano positivi danni materiali.

Il Chironi *(La colpa contrattuale*, 2ª ediz., Torino 1897, n. 25) esclude propriamente il risarcimento del danno morale in seguito a colpa contrattuale, il che è universalmente ammesso, ma il motivo che egli adduce è tale che si applica non meno al danno extracontrattuale. Imperocchè, egli dice: « la estimazione pecuniaria male si adatta a beni costituenti quel che figuratamente si chiama patrimonio morale della persona ».

Ultimamente la mia polemica contro la dottrina del risarcimento del danno morale è stata pienamente approvata dall'egreg. Dott. Bolaffio (*Temi Veneta* 1897, 331).

Sceverato il danno morale vero e proprio da quello che è tale soltanto in apparenza, ma in realtà è patrimoniale, definito il concetto del danno morale vero e proprio, e la estensione dell'applicazione pratica sua, studiata la genesi e la evoluzione storica della dottrina del risarcimento civilistico e pecuniario di esso danno, una prima conchiusione io mi credo in diritto di formulare e stabilire.

Per il modo cioè in cui si è venuta formando, confondendo i danni morali propri cogli impropri, non abbracciando mai con un solo colpo d'occhio tutta la estensione delle conseguenze o applicazioni pratiche a cui conduce, disconoscendo o fraintendendo il Diritto Romano, assumendo come sicura premessa di diritto un mero concetto astratto, un semplice dato lessico, dilatando a più riprese successive il significato di quella premessa, senza mai fare una sintesi di tutte queste singole affermazioni, e considerarla e discuterla per sè medesima, discordando fra loro su punti essenziali i giureconsulti della medesima scuola francese, e più ancora questi giureconsulti e i tedeschi, senza che neppure gli uni tengano conto della opinione degli altri, — la dottrina del danno morale, oggi

Digitized by Google

accolta in Italia, non solo si raccomanda ben poco, ma già a prima giunta apparisce tutt'altro che scientifica, e da sospettarsi più avventata che fondata.

Io credo però che la giustificazione scientifica, mancata finora alla dottrina in discorso, neppure si possa dare. Io credo che, sceverato da questa dottrina il vero che propriamente non le appartiene, e che fa parte invece della dottrina del risarcimento del danno patrimoniale, in tutto il rimanente essa non regga alla critica giurisprudenziale, nè nelle premesse sue, nè, meno ancora, nelle sue conseguenze ed applicazioni, e che sia ormai tempo di porne in luce la fallacia e la vanità.

Ammetto che a molti parrà ardita assai, anzi temeraria, codesta mia affermazione, non però a nessuno di coloro che hanno letto le pagine soprascritte. Piuttosto io non confido di poter dare a quell'asserzione una adeguata giustificazione, ad ogni modo io non posso esitare un istante a tentarla.

Io ammetto che di offese morali, cioè non patrimoniali, come uccisioni, ferite, deturpazioni o mutilazioni, malattie procurate, offese all'onore, al decoro, alla pudicizia, ed altre qualunque, le quali traggano seco danno patrimoniale alla vittima o ai superstiti, sia dovuta riparazione pecuniaria, e che i superstiti la possano domandare tanto *jure haereditatis*, quanto *jure proprio*, e fors'anche dovrebbesi imitare dovunque l'esempio dato dal codice civile germanico nel citato § 722 (vedi sopra). Ma le *sole* conseguenze patrimoniali di quei danni morali si devono risarcire, e si devono valutare per sè sole, non già mescolate e accresciute colla riparazione dell'offesa morale per sè medesima considerata.

Non ammetto invece che si possa domandare, come diritto civile, il risarcimento dei veri e proprii danni morali, sia che consistano: *a)* in diminuzione di pregi personali o fisici, come la bellezza, o morali, come la verginità, la pudicizia, la considerazione pubblica, o *b)* in patemi, siano *fisici*, procacciati alla vittima di una lesione corporale, dalla malattia cioè più o meno

Digitized by Google

lunga cagionata dalla lesione, o dalla morte, siano *morali*, cioè turbamento, dispiacere, cordoglio, cagionati dall'offesa fisica o morale all'offeso o ad altre persone, o finalmente *c)* nella privazione inflitta all'offesa o a terze persone, della possibilità di conseguire da sè medesimi, o da altri, certi morali vantaggi, come il matrimonio, la coltura, l'educazione; — tutti questi danni, in quanto vengono considerati a parte dai danni patrimoniali provenienti dalla medesima causa, io reputo non potersi stimare a danaro, nè con danaro risarcire.

Io affermo codesto di tutti quanti i succennati danni, nessuno eccettuato. Se rispetto a taluno di essi l'erroneità e gli inconvenienti della dottrina del risarcimento sono più manifesti, per es. rispetto ai semplici *patemi d'animo*, errerebbe tuttavia chi credesse potere salvare almeno in parte la dottrina che io combatto, limitandone corrispondentemente la sfera di applicazione. E veramente, come ho già notato, questa dottrina non ha potuto radicarsi nella giurisprudenza se non perchè i fautori suoi non ne scorsero mai tutta la pratica efficacia; essi non videro appunto ciò che più era idoneo a far avvertire l'erroneità del loro fondamentale concetto; che si possano risarcire altri danni che i patrimoniali. O si tien fermo il contrario concetto, o se lo si abbandona in un caso solo, bisogna fare altrettanto per tutti gli altri, in cui il negativo carattere di cosidetto danno non patrimoniale si riscontri. Dalla lesione corporea al patema d'animo egli è giecoforza percorrere tutta quanta la serie dei cosidetti danni non patrimoniali, a chi abbandona l'antico dettato giurisprudenziale che a danaro si stimano, e con danaro si possono risarcire soltanto i beni patrimoniali. O tutto, o nulla, in questo caso, come in ogni altro, in cui la questione è di principio, la quale è sempre questione di sì o di no, non già di più o di meno.

Rispetto alle lesioni corporali, danni morali nel senso più lato di questa espressione, intesa soltanto come negazione di

Digitized by Google

danno patrimoniale, l'impossibilità del risarcimento è oggi ancora quella addotta dai Romani: l'intraducilità in danaro dei pregi tutti, anche corporei, dell'umana persona: *cicatricum aut deformitatum nulla fit aestimatio.... liberum corpus nullam recipit aestimationem* (l. 7, D. *de eff. et dej)*. È verità intuitiva codesta, adesso come allora. Se il diritto comune tedesco accolse un altro concetto, e pei danni fisici specialmente accordò lo *schmerzensgeld.*, noi italiani siamo in diritto di ravvisare in codesto, come ne conviene lo stesso Giorgi (v. sopra) un avanzo di idee barbariche. E se anche l'odierno codice civile tedesco tenne fermo quel concetto, non è ravvisare in ciò che la forza della tradizione, e inoltre, come dai Motivi di quel codice si rileva, e già ebbi sopra ad avvertire, la circostanza tutta estrinseca della necessità di concordare il codice civile col codice penale, nel quale la pena pecuniaria per le lesioni corporali è considerata da alcuni giuristi tedeschi avere carattere piuttosto risarcitorio, che penale.

Se inestimabile a danaro è il dolore fisico, lo stesso è a dirsi di tutti gli altri danni morali, additati sopra, e che tali si possono dire in senso proprio o stretto. Rispetto a questi altri danni morali però, vi ha anzitutto un altro argomento della inammissibilità del loro risarcimento, ed è che moltissime volte non è neppure ammissibile in lingua comune, nonchè giuridica, l'espressione *danno* applicata agli obbietti cui quei danni si riferiscono.

Che si chiami danno, e propriamente danno fisico, una lesione corporale, è ammesso e plausibile: che anche danno si chiami la scemata considerazione sociale di una persona, o l'offesa pudicizia di un fanciullo o di una fanciulla, o la perduta assistenza dei genitori, è plausibile del pari: ma chiamar danno una offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è certamente proprio discorso. Imperocchè dall'idea di danno non è maggiormente separabile

Digitized by Google

nel comune linguaggio, che in quello giuridico, l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole di ben essere, sia morale, sia materiale; durevole effetto, durevole diminuzione, fintantochè risarcita non sia, se risarcire si può. Ora, le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi d'animo sono fenomeni ed effetti morali, più o meno durevoli bensì, ma sempre passeggieri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima. L'espressione quindi *danni morali* è male applicata per lo meno nella metà dei casi, a cui pure si suole applicarla. E se io ho detto più volte sopra che la dottrina, che vado esaminando, ha per mera sua premessa razionale la vaga intelligibilità, l'attendibilità lessica dell'espressione *danno morale*, ora debbo precisar meglio quel giudizio, riducendolo in assai minori proporzioni, e affermando che in una grande sua parte quella dottrina non fondasi neppure su cotale premessa. Per molta parte la dottrina del *danno morale*, il discorso di questo danno, ha la sua origine in una improprietà di linguaggio. I fautori cioè del risarcimento di tutti i cosidetti danni non patrimoniali, professano in sostanza l'opinione che anche di tutte le *offese morali* si possa dare civile o pecuniario risarcimento; tesi manifestamente inammissibile appunto per tutte quelle *offese morali* che non lasciano durevoli effetti e tracce nella *morale economia* delle persone. Ma essi non presentano la loro tesi sotto questo aspetto e in questi termini; la nascondono invece, senza accorgersene, a sè medesimi, sostituendo al concetto dell'offesa quello del danno, generalizzando soverchiamente la correlatività dei due concetti, senza poi riflettere che non i tutti i casi in cui di offesa morale si può parlare, si può anche propriamente parlare di danno morale. Onde in ultima analisi, l'errore lessico, che io dicevo sopra essere l'erroneo fondamento remoto di una gran parte della dottrina, in questione si risolve in un *lapsus mentis*, in una soverchia, in

Digitized by Google

una precipitata generalizzazione della correlatività del concetto di danno al concetto di offesa.

Si possa del resto, o non si possa, in singoli casi, parlare di danno morale, nel proprio senso di durevole diminuzione di ben essere morale, di durevole perturbazione della morale economia, osta, come ho detto, insuperabilmente, al risarcimento non meno del danno morale, cioè non patrimoniale in senso istretto, che di quello in senso lato, o del male fisico, l'impossibilità di stabilire una equivalenza fra tutti questi danni e una somma pecuniaria.

Non vi ha infatti che una mera analogia di parole fra la diminuzione del patrimonio, sostanza del danno patrimoniale, titolo e misura del relativo risarcimento, e la cosidetta diminuzione del patrimonio morale, che taluni pretendono addurre come titolo del risarcimento dei danni morali. Imperocchè si può ammettere bensì nel diritto civile un patrimonio morale distinto dall'economico, ma esso componesi di veri e proprii diritti di una persona verso di un'altra, la cui sostanza, benchè morale, si estrinseca in atti e fatti esteriori sensibili da persona a persona. Tali sono i diritti personali, e veramente formano questi soli il contenuto di quello che si può dire patrimonio giuridico-morale. Ciò perchè il diritto ha appunto per sua natura sempre un oggetto esteriore sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, nè tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa morale, e del cosidetto *danno morale* in istretto senso, come, p. es., l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dalla umana personalità, e intangibili e inviolabili, come questa, ma appunto l'intangibilità e l'inviolabilità dell'umana persona non è per sè medesima un diritto civile e privato, perchè non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare. È un diritto al certo, e il più

Digitized by Google

fondamentale di tutti quanti i diritti, cioè presiede a tutte quante le relazioni giuridiche private, ma perchè non si traduce di sua natura e per sè medesimo in esteriori determinate prestazioni, non è vero elemento del patrimonio giuridico-privato dell'individuo, neppure personale. È un diritto, la cui tutela è prestata propriamente dal gius pubblico penale. Ora, se il cosidetto danno morale non è diminuzione pel patrimonio morale in senso giuridico, neppure lo può essere con effetto giuridico, nè quindi coll'effetto del pecuniario risarcimento.

Ma prescindendo anche da ciò, il massimo obbietto contro il risarcimento dei danni morali, cioè non patrimoniali, in istretto senso, è lo stesso che vale contro il risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, cioè del male fisico, è l'impossibilità di stabilire un equivalente fra un danno non patrimoniale e un bene patrimoniale qualunque, il danaro in particolare. Tutta quanta la dottrina del danno morale, cioè del danno non patrimoniale in generale, non ha fondamento, nè senso per questo solo e gravissimo e insuperabile motivo. Nè solo essa non ha fondamento nè senso, ma è assurda in sè medesima, perchè poggia su di una manifesta assurdità: che ciò che non è patrimoniale possa equivalere ad una cosa patrimoniale.

Il diritto invero è logica anzitutto, ed è logica tanto rigorosa, che per il Leibnitz la giurisprudenza è, fra tutte le scienze in cui prevale la dialettica, quella che più si accosta alla matematica. Ora, la logica insegna che, per confrontare fra loro due o più cose, ammettere o negare equivalenza fra esse, devonsi l'una e l'altra potere misurare e apprezzare colla stessa unità di misura, se simili sono, e, se dissimili, occorre che venga anzitutto stabilita l'equivalenza fra una data unità di misura dell'una e una data unità di misura dell'altra. In ogni caso, paragone, equivalenza non si può dare se non fra quantità misurate. Ma chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale, espri-

Digitized by Google

mendolo in un dato numero di unità di misura? Quale unità di misura? E dunque, come è egli possibile tradurre il danno morale in danaro, prestabilendo, come logica vuole, anzitutto che una data unità di misura di quel danno equivalga a una data unità di misura o quantità di danaro? Sono anzi due impossibilità, non una sola, che ostano alla stima pecuniaria del danno non patrimoniale, o morale in genere: impossibilità di trovare una unità di misura di questo danno, e impossibilità di tradurre questa unità di misura in una data unità di misura pecuniaria. Due impossibilità, che non è possibile celare e sorvolare se non con vano discorso, e male appropriati espedienti dialettici.

Uno di questi è quello a cui si appigliano il Laurent e il Giorgi, dicendo l'uno che « dal non potersi dare del danno morale una riparazione esatta non consegue che non se ne possa dare nessuna », e l'altro che: « se le offese morali non si possono pagare a suon di moneta.... si può trovare un criterio di valutazione approssimativa ». Credono adunque questi due insigni giureconsulti di vincere l'obbietto dell'esatta incommensurabilità pecuniaria del danno morale, sostituendovi un apprezzamento approssimativo; ma è questo appunto un vano discorso. Imperocchè ogni calcolo approssimativo è appunto giusto e fondato approssimativamente; una equivalenza cioè, e quindi traducibilità di due differenti quantità fondamentali od unità di misura, l'una nell'altra, è supposta e insita in quel calcolo; se non che della totalità, cui l'unità di misura si applica, una parte sfugge alla misurazione, la quale, per conseguenza, nella parte in cui si può fare è esatta, nella parte in cui fare non si può, vien meno, e rispetto alla totalità soltanto è approssimativa. Chi dirà, per esempio, che i risultati della misurazione del circolo per mezzo dei minimi quadrati non sia vera, benchè non esatta, e soltanto approssimativa? Ma chi pretende di misurare una totalità senza unità di misura, non può pervenire che ad un risultato falso in

Digitized by Google

ogni sua parte, e quindi neppure approssimativamente vero. Quei due giureconsulti ebbero un concetto del tutto erroneo del *calcolo approssimativo*, esprimendosi nei termini surriferiti, e non riuscirono quindi che a nuovamente occultare a sè medesimi la fallacia e l'irrazionalità della tesi che propugnano.

Vanamente qui si obbietterebbe che però il giudice penale si trova ad ogni tratto nell'occasione di stimare a danaro quei danni morali od offese, di cui il codice penale statuisce una riparazione pecuniaria. Imperocchè nel proporzionare la riparazione pecuniaria all'offesa il giudice penale non procede al certo diversamente che nel commisurare ogni altra pena, poichè di vera pena pecuniaria si tratta. Non cerca egli già di tradurre il danno dell'offesa in danaro, ma bensì di proporzionare la pena pecuniaria al dolo dell'offensore, tenendo eziandio calcolo piuttosto delle condizioni patrimoniali dell'offensore che di quelle dell'offeso; la gravità o quantità della offesa e del danno si traduce pel giudice penale in quantità del dolo, che è titolo della pena pecuniaria, come d'altra a cui questa si aggiunga (1).

E neppur varrebbe la più sottile obbiezione: che l'equivalenza di cose eterogenee è pur continuamente ammessa nel sociale commercio, il quale non potrebbe anzi altrimenti sussistere, e la legge dei prezzi delle cose venali ne è massimo e continuo esempio. Io risponderei che siffatte equivalenze di eterogenee cose nel commercio sociale e giuridico non si stabiliscono se non per forza di una autorità irresistibile, che è il comune consenso, il quale sfugge ad ogni controllo, specialmente perchè da motivi in gran parte subbiettivi è determinati; di che pure la legge dei prezzi è appunto solenne ripro-

(1) Qui mi obbietta Scandura Sampolo (l. c. p. 9) che anche la unità di misura del dolo non si può prendere; al che io rispondo che nel commisurare la pena al dolo il giudice penale è aiutato dalla legge stessa che fissa il minimo e il massimo della pena, dati certi estremi del fatto punibile.

Digitized by Google

va. Il giorno in cui vi sarà un vero sociale commercio di danni morali e di danaro, in cui cioè il comune consenso stabilirà equivalenza fra una data quantità di danno morale, o anche un dato danno morale, e una data somma di danaro, sarà vinta la causa che io vado ora combattendo. Ma finora non vi ha nessun verdetto popolare di tal genere, e il giudice civile non potrebbe arrogarsi di stimare a danaro i cosidetti danni morali appunto perchè questo giudizio, in gran parte arbitrario, non può affatto spettare a lui, ma soltanto a quell'*usus, quem penes*, come dice Orazio, *et jus et norma loquendi* (1).

La razionale impossibilità dell'apprezzamento pecuniario dei cosiddetti *danni morali* non ha veramente bisogno di essere confermata rispetto a singole applicazioni pratiche. Pur nondimeno non sarà inutile por mente anche a talune di queste.

Come si possa per es. sul serio proporsi di risarcire con danaro il dolore di un marito tradito e abbandonato, « di trovarsi solo in famiglia senza possibilità di ricostituirla », come si è visto giudicare la corte di Brescia, o come si possa tradurre in danaro « la mancata influenza educatrice salutare » di un padre di famiglia ucciso, come vorrebbe il LAURENT, io non arrivo a comprendere. Nel primo caso io troverei persino meno strana l'azione di risarcimento del marito contro lo Stato, per non avere questo voluto emanare la legge del divorzio. E come i patemi d'animo, d'una madre, per es., cui fu ucciso un figliuolo, si possano stimare a danaro, non solo non comprendo, ma parmi, oltre che assurdo, scandaloso proposito il ricercarlo.

---

(1) Scandura Sampolo (l. c., p. 10) qui mi risponde che appunto il comune consenso dei tribunali è un criterio di commisurazione del danno morale in danaro, ma codesto comune consenso dei tribunali è ancora lungi dall'essere arrivato a stabilire la vera tariffa del valore pecuniario dei danni morali, e quando a tanto giungesse non risponderebbe ancora al canone romano: *pretia rerum communiter funguntur*.

Digitized by Google

Per me sono esempi codesti, ed altri consimili, che segnano una vera decadenza della giurisprudenza contemporanea, per l'infiltrarsi anche in essa il rilassato senso morale, l'utilitarismo, il materialismo dell'epoca presente. Dovrebbero i nostri tribunali riflettere che, moltiplicando giudicati di tal fatta, essi contribuiscono, senza volerlo, a tutt'altro che a raffinare il senso morale e giuridico della nazione, ma secondano invece la già dominante tendenza a considerare il danaro come il più sostanziale di tutti quanti gli interessi.

Non vale in contrario l'addurre l'esempio inglese, per cui il bacio d'una donna non propria si compensa civilmente a contanti, o l'esempio germanico, per cui il danaro è solito compenso dei dolori fisici. Non sono appunto esempi codesti da imitare in Italia, perchè non è temerità l'asserire che il sentire dei popoli germanici è alquanto meno sottile di quello del *gentil seme latino.*

E neppur varrebbe in contrario l'obbiettare che non tutti i danni morali sono così intimi, subbiettivi, spirituali, come quelli addotti sopra ad esempio, e come i patemi d'animo in generale. Imperocchè, come ho già osservato sopra, per poco che si ammetta un danno civile all'infuori della sfera patrimoniale, non è più possibile fissar limiti a siffatta estensione del concetto del danno, distinguendo danni morali da danni morali, cioè danni troppo poco patrimoniali, e danni che sono patrimoniali abbastanza. Sta bene che la fallacia del punto di partenza apparisca maggiormente quanto più lontano si va, ma egli è anche noto che l'argomentazione *per absurdum* è sempre appropriata non solo, ma anche delle più efficaci. L'assurdità massima delle ultime conseguenze di un principio falso non può essere compensata, nè resa più tollerabile dalla minore arditezza di quelle meno remote, perchè quelle sono conseguenza di queste, poichè tutte provengono dallo stesso germe, dalla stessa origine. Or, se è un fatto che i Tedeschi, dopo aver ammesso lo *schmerzensgeld* pei dolori fisici, non ammisero il

Digitized by Google

compenso pecuniario dei patemi morali, ciò prova soltanto una volta di più, che nello sviluppo storico del diritto si possono dare, e sono anzi frequenti, inconseguenze logiche, le quali non può mai permettersi la dottrina, specialmente quando essa le attribuisca al legislatore che non vi ha dato appiglio nessuno nè colle sue parole, nè col suo silenzio.

Principalissimo dissi, e decisivo l'obbietto della impossibilità di stimare i danni morali a danaro; ma altri ancora pur gravissimi obbietti si possono muovere contro la dottrina del risarcimento di quei danni, e dimostrano del pari che questa dottrina non può assolutamente trovar posto nè punto d'appoggio nel diritto civile. Saranno bensì ancora di preferenza i danni morali *patemi d'animo*, che forniranno materia ai nuovi obbietti; quei patemi d'animo, che appunto per essere l'apice, il fior-fiore della dottrina che io combatto, sono i più appropriati a fare scorgere il falso punto di partenza, il mal seme onde essa proviene.

Se ed in chi propriamente si verifichi il danno morale *patema d'animo*, è un punto di fatto, che non è mai possibile accertare; più che una presunzione in proposito non si può avere, fondata e anzi fondatissima bensì in alcuni casi, ma non mai presunzione *juris et de jure*. Come si può affermare con sicurezza che la tale o tal persona, attinente in qualunque modo all'ucciso o al ferito, o al mutilato o deturpato, risente gran dolore da questa disgrazia? Sia pure di regola presumibile codesto dolore per es. nei discendenti o nel coniuge della vittima, talvolta però l'apparente dolore di costoro non è che una ipocrisia, che il giudice non ha mezzi, o non può osare di smascherare, sicchè egli può trovarsi ad accordare un risarcimento a quelle persone e per quel titolo, fra le risate universali. Che se i dolenti, veri o finti, lucrassero in pari tempo una eredità inaspettata, dovrebbe per lo meno il giudice diminuire l'indennità del danno morale del valore pecuniario che egli attribuisse al piacere del lucro, più o meno inaspettato; imperocchè se il dan-

Digitized by Google

no morale può stimarsi a danaro, ciò devesi poter fare anche per il piacere. Ma di questa *compensazione* del piacere col dolore, i teorici, che io vado combattendo, non si sono mai dato pensiero. Per un motivo o per l'altro, o anche per tutti due insieme, l'asserito risarcimento dei danni morali *patemi d'animo*, viene in molti casi a mancare di giustificazione nel fatto, od anche ad essere ripugnante ai fatti; ridicolo nella prima ipotesi, grottesco addirittura nella seconda.

In altri termini, la dottrina del risarcimento del danno morale, specialmente applicata ai *patemi d'animo* o *morali*, manca affatto di sicura base obbiettiva: poggiando su mere presunzioni, che nè si possono con fondamento combattere, nè si possono elevare a presunzioni *juris et de jure*. E ciò è quanto affermare un nuovo titolo dell'impossibilità dell'apprezzamento del danno morale, e quindi dell'assoluta infondatezza della dottrina che io combatto. Impossibile apprezzamento, non solo perchè non è possibile stabilire equivalenza fra una data quantità di danno morale, o un dato danno morale, e una data quantità di danaro, ma altresì perchè non è neppur possibile in molti casi accertare la reale esistenza di quello che si dice danno morale.

Totale, assoluta mancanza di *obbiettività* di quella dottrina, è sicurissima illazione dall'analisi dei suoi fondamenti e del suo oggetto; che cosa si deve dire di più per conchiudere che quella dottrina non è giuridica, non può cioè aver posto nè punto di appoggio nel diritto civile? *Jus oritur ex facto*, è una verità elementare della scienza del diritto; tutto ciò che non ha base, riprova, criterio, limiti determinati nel fatto, trascende il campo del diritto e della giurisprudenza civile; e vano è lo sforzo di farvelo entrare, nè ad altro può condurre che a infondati e inintelligibili responsi.

Ma vi ha ancor di più.

Non solo il risarcimento pecuniario dei danni morali è mpossibile, perchè non vi ha equivalenza fra quei danni e il

Digitized by Google

danaro, non solo quel risarcimento manca molte volte di un obbietto accertato, ma altresì lo ammetterlo è un porre a soqquadro la dottrina civile generale del danno, togliendo in molti casi ogni proporzione fra il risarcimento e la colpa non solo, ma fra la stessa prevedibilità degli effetti dell'azione colposa, e la realtà di questi effetti, o del danno imputabile e da risarcirsi. Ciò pur si verifica specialmente rispetto ai danni morali-*patemi d'animo.*

Imperocchè anzitutto il patema d'animo non sta sempre isolato, anzi non è isolato che nelle persone che non furono oggetto dell'offesa, dell'illecito atto. In quelle invece che lo furono, esso può coesistere, anzi coesiste con ogni o qualunque altro danno morale, sia in senso ristretto, sia in senso lato, come, p. es., con una offesa al decoro personale, o con una lesione corporale; e non solo con un danno morale qualunque può coesistere, ma anche con un danno patrimoniale, come p. e. nel caso di perdita di cosa per cui taluno ha una speciale affezione (1), o di invasione o di incendio della propria casa. E dunque per ogni e qualunque offesa, patrimoniale o no, il colpevole potrà essere costretto a risarcire il patema d'animo, l'affezione morale, oltre al danno immediato, sia mo-

(1) Il *prezzo di affezione*, da pochissimi codici ammesso, per es. dal codice civile austriaco (§§ 305, 1331), il quale permette che lo si esiga nel caso di danneggiamento *per malignità* o *petulanza*, è concetto giuridico rispondente anch'esso alla tesi della risarcibilità dei danni morali, e propriamente dei *patemi morali*, e però inammissibile. Nel diritto romano esso non ha base, repugnando al noto canone: « pretia rerum non ex affectu, nec ex singulorum utilitate, sed *communiter funguntur* » (l. 35, D. *ad leg. falc.* Vedi anche l. 33, *ad leg. aquil.*, e l. 6, § 2, *de op. serv.*). E senza fondamento si adducono in contrario la l. 51 pr., D. *mandati*, la l. 35, *de minor.*, la l. 7, *de serv. export.*, e la l. 36, D. *de bonis libert.* In realtà la grande generalità dei romanisti non l'ammette. Fra gli italiani, il sommo, e ingiustamente dimenticato, Del Rosso (*Pand.*, § 628) insegna: « non sono da calcolare i piaceri delle affezioni soddisfatte, o da aversi come lucri perduti, o come danni sofferti, le privazioni relative ».

Digitized by Google

rale d'altra natura, sia patrimoniale. Non vi ha qui manifesta sproporzione fra la responsabilità della gente, e l'entità del risarcimento, manifesto eccesso nella quantità di quest'ultimo? Sproporzione, eccesso, ripugnanti manifestamente all'economia della dottrina civile del danno; sproporzione, eccesso, che trascendono per verità l'intendimento degli stessi apostoli della dottrina del danno morale, imperocchè questi inavvedutamente si rappresentano i vari danni che chiamano morali come distinti non solo fra di loro e dai patrimoniali, ma eziandio come non concorrenti nè fra loro, nè coi patrimoniali. Non mi si dica: *cave a consequentiariis*, perchè io rispondo subito: *principiis obsta.*

Alla stessa conclusione si viene ancora riflettendo al rapporto in cui si trova il subietto del patema morale col subbietto del cosidetto danno morale. Il patema morale può essere non soltanto nel subietto dell'offesa, ma anche in terze persone. I dottrinari del danno morale non pensano ad altre persone terze, fuorchè ai parenti dell'offeso, ed anzi del defunto; ma vi ha qui manifestamente una restrizione arbitraria. Anche i parenti dell'offeso vivente possono risentire profonda afflizione dall'offesa; e non solo i parenti, ma anche gli amici dell'offeso, vivo o morto, possono provare quel sentimento. Per ciò che riguarda gli amici in particolare, è noto che non di rado essi amano più dei parenti, anche prossimi, e condividono più sinceramente e profondamente di questi le pene, i dolori dell'amico. Che se pei parenti milita una presunzione, non facile a distruggersi, per gli amici è possibile una prova diretta. E dunque l'autore di una offesa qualunque a cui può sempre, come ho detto sopra, conseguitare patema d'animo, si troverà a dover risarcire non solo il patema d'animo, oltre ad altro danno morale o patrimoniale nell'offeso vivente, ma anche il patema d'animo di tutti coloro, parenti o amici, che per quella causa lo provino, sia vivo l'offeso, o sia morto! Dato il generale concetto del danno morale, e del debito civile

Digitized by Google

di risarcirlo pecuniariamente, è quella una conseguenza rigorosa, inevitabile. Ma in tal guisa cresce ancora, e veramente a dismisura, la già notata sproporzione fra risarcimento e danno, e la notata eccessività di quello, ripugnante in grado insuperabile alla comune dottrina civile del danno e del risarcimento.

Egli è poi altrettanto chiaro che ripugna a questa dottrina quello introdurre che fanno i teorici del danno morale fra i *subbietti diretti* del danno, aventi diritto a risarcimento, terze persone, che non si trovano in nessun rapporto col danneggiato, che non furono in nessuna guisa subietti passivi diretti dell'azione ingiusta, ai quali non poteva nè doveva affatto rivolgersi la previsione e il pensiero dell'autore del danno. Dico *subbietti diretti* del danno, imperocchè ogni terza persona che prova un patema morale per una offesa fatta ad altrui, non soffre già in conseguenza della sofferenza di questo, ma direttamente al pari di questo, rappresentandosi soltanto l'offesa e il patimento morale dell'offeso, o principal danneggiato. Il caso è ben differente da quello della terza persona, che *indirettamente* viene ad essere danneggiata, in virtù del danno altrui, come per es. di un figlio, e in generale di un alimentando, cui l'uccisione del padre o dell'alimentante viene a togliere i mezzi di sussistenza. Ora che da una medesima azione illecita vi abbiano ad essere altri danneggiati direttamente, fuorchè coloro contro i quali è stata diretta, o su cui venne a cadere l'azione voluta, o dovuta non volere dall'agente, è inammissibile e inconcepibile cosa nella scienza del diritto civile. La dottrina del danno morale, in quanto mette capo al risarcimento di patemi d'animo di terze persone estranee all'azione dannosa, persone, le quali, come si dice, agiscono in risarcimento *jure proprio*, introduce veramente qualcosa di nuovo ed inaudito nella dottrina civile del danno, un *criterio aberrante* all'infinito, e anche per questo verso la sconvolge, la mette sossopra tutta quanta. È una enormità codesta, cui seppe sfuggire

Digitized by Google

la giurisprudenza tedesca, e anche il § 728 del codice civile tedesco (v. sopra), non ammettendo azione di danno morale per parte di altre persone terze, fuorchè degli eredi del defunto, se la relativa azione sia stata promossa da questo. E forse i giuristi tedeschi saranno stati meno conseguenti dei francesi e degli italiani, ma questi ultimi non sono scusabili di non avere dall'assurdità della conseguenza argomentato la fallacia del principio, e del punto di partenza.

Ormai non si meraviglierà il mio lettore ch'io non abbia altro da obbiettare contro la dottrina del *danno morale*. Riassumo quindi e concludo.

Infiltratasi e radicatasi a poco a poco nella nostra giurisprudenza: per virtù di ossequio ad esempi e tradizioni barbariche, — per virtù di equivoci, primo dei quali la comune appellazione di danno applicata tanto alle offese morali, quanto alle patrimoniali, — per virtù di malintesi, primo dei quali il considerare risarcimento la pena pecuniaria comminata dalla legge a talune offese morali, — per virtù di confusione d'idee, massima delle quali quella dei danni morali producenti indiretto danno patrimoniale, coi cosidetti danni morali in generale, — basata su di una premessa inammissibile, su di un impossibile supposto, che cioè si possa trovare equivalenza fra una data quantità di danno morale, o un dato danno morale, e una data quantità di danaro, — feconda di assurde conseguenze, in vista delle quali se non fu ancora abbandonata, ciò fu soltanto perchè i propugnatori suoi non la approfondirono abbastanza per avvertirle, — inapplicabile in moltissimi casi, anche perchè l'obietto suo è impossibile ad accertarsi, — sovvertitrice di tutta quanta la teoria civile del danno e del risarcimento, sia per la sproporzione che introduce fra il danno e il risarcimento, sia per la colleganza da cui prescinde fra danneggiante e danneggiato direttamente dall'azione di quello, — la dottrina del danno morale, come è oggi intesa e applicata dalla giurisprudenza, specialmente italiana, è aberrazione,

Digitized by Google

fuorviamento. È ormai tempo che questa se ne ricreda, e desista Ritornare alla sapienza romana sarà questa volta non già far regredire, ma far rinsavire la giurisprudenza, la quale è anzitutto accurata distinzione di cose differenti, precisione e rigore matematico di concetti e di deduzioni, costante e fedele connubio del diritto e della legge col senso comune (1).

---

(1) Il prof. F. Benevolo (Cass. Unica, 1897, p. 418) dissente dal mio modo di vedere circa i danni morali, ma egli non adduce argomento nessuno che io non abbia considerato e combattuto, e non ferma abbastanza la sua attenzione sui *patemi d'animo*, i quali, come rappresentano l'apice della dottrina da me combattuta, così ne fanno più facilmente scorgere l'insostenibilità. Infatti egli adduce come esempi di danni morali effettibili, la perdita del credito e della riputazione sociale, l'offesa all'onore o al pudore, la mancanza di appoggio e di direzione per parte di un ucciso, tutti danni morali, che si risolvono in danni materiali. Un solo obbietto degno di considerazione egli mi fa, cioè che la riparazione pecuniaria di danni morali, ordinata dall'art. 38 del codice penale, non è vera pena, come io dico, ma risarcimento. Al che io rispondo che quella è vera pena, perchè la sua mira è di infliggere un male, pecuniario bensì, all'offensore, e la entità sua è meno commisurata a quella del *danno morale* recato col delitto, che non alla quantità della malizia dimostrata con questo, e alla quantità del patrimonio, e quindi della *sensibilità pecuniaria*, dell'autore dell'offesa.

Digitized by Google

Responsabilità dei pubblici ospedali e istituti congeneri.

Se l'ente ospedale, brefotrofio, o un ospizio qualunque destinato a raccogliere e curare gratuitamente persone bisognose di fisica assistenza, possa essere chiamato a rispondere col suo patrimonio del danno recato ad una di quelle persone per colpa degli individui addetti alla sua assistenza, è grave quistione, attesa la sua pratica importanza, e variamente risoluta dai Tribunali.

La corte d'appello di Genova, con sentenza 28 ottobre 1895 (*Giur. it.*, 1896, I, 2, 19), ammise la responsabilità dell'ente brefotrofio per danno derivato ad una nutrice, cui sia stato affidato un bambino sifilitico, per inosservanza delle cautele regolamentari da parte dei sanitari addetti a quell'ospizio. E la stessa corte ripetè la medesima dichiarazione in una sentenza 21 novembre 1896 (*it* 1896, I, 2, 9). Anche la corte di Bologna, con sentenza 24 aprile 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 2, 455), dichiarò, in un caso consimile a quelli decisi dalla corte di Genova, responsabili del danno i sanitari colpevoli di negligenza, *e quindi l'ospizio.* Sentenza codesta, che venne cassata dalla cassazione di Roma, 15 maggio 1895 (*idem*, 1896, I, 2, 19, in nota) per solo vizio di motivazione. Questa stessa Cassazione ha poi avuto due successive occasioni di pronunziarsi intorno alla questione di merito, ma i suoi responsi non si conciliano facilmente fra di loro. In una sentenza 10 dicembre 1896 (*Foro penale,* 1896, 197) essa dichiarò, in sede penale, a sezioni unite, essere responsabile sempre il governo dell'ospedale, cioè le persone che *pro tempore* lo amministrano, delle colpe dei sanitari ospedalieri, e riservò espressamente la questione delle responsabilità dell'ente ospedale; sentenza

Digitized by Google

che tutti sanno avere suscitato critiche e proteste in tutta Italia per parte di giornali e di amministrazioni ospedaliere. In una posteriore sentenza, 24 maggio 1897, emanata nella medesima causa civile, in cui si era pronunciata il 15 maggio 1895, la cassazione di Roma ritenne invece responsabile delle colpe dei sanitari ospedalieri non già l'amministrazione o il governo *pro tempore* dell'ospedale, ma l'amministrazione persona morale, cioè lo stesso ente ospedale. Manifestamente questi due responsi non si possono facilmente conciliare fra di loro, perchè, mentre il primo distingue l'amministrazione dell'ospedale dall'ente ospedale, questa distinzione non è più fatta nel secondo.

Ad ogni modo confrontando tutti questi giudicati, ne emergono due diverse e contrarie tesi: l'una che del danno dato, per incuria o negligenza, dai sanitari addetti a un nosocomio, o ad un ospizio caritatevole qualunque, non risponde l'ente nosocomio ed ospizio, ma sì ne possono essere chiamati a rispondere gli amministratori *pro tempore*, ed è la tesi delle sezioni riunite della cassazione di Roma, nella sentenza riportata sopra; l'altra è la tesi che di quel danno risponde l'*amministrazione* del nosocomio od ospizio, considerata in astratto, cioè come persona morale essa stessa, la quale si confonde colla personalità del nosocomio od ospizio, ed è la tesi delle suaccennate sentenze di Genova e di Bologna, e della seconda sentenza della Cassazione di Roma.

Ognuno poi scorge che l'una tesi e l'altra si possono generalizzare a tutti i malefatti, di qualunque genere, commessi a danno di terze persone da funzionari addetti ad opere pie qualunque, nel disimpegno delle loro funzioni d'ufficio.

Delle due tesi io ho già in altra occasione preferito e propugnato la prima (v. *Foro it.*, 1895, I, 32 e segg.), ed eccone le ragioni (1).

---

(1) Gli argomenti, da me ivi adoperati, sono poi stati ripetuti dall'avv. Mosca nel *Foro penale* (anno IV, fasc. 1).

Digitized by Google

Anzitutto si affacciano al mio pensiero le gravi e inammissibili conseguenze pratiche della tesi della responsabilità degli enti morali in discorso. Dovrebbero adunque tutti i pubblici ospedali, nosocomî, ospizî di malati d'ogni genere e specie, rispondere col loro patrimonio dell'incuria e dei malefatti di medici, chirurghi, infermieri addetti ai medesimi, e quel patrimonio, destinato dalla pietà cittadina a sollievo del genere umano, dovrebbe sfumare poco per volta, e magari in un colpo solo, sotto forma di indennità alle persone o alle famiglie di pochi sventurati, per colpa non di quegli Istituti, ma dei loro addetti, e contrariamente al fine di quelli! A ciò ripugna il senso comune, il quale fornisce e deve fornire la prima orientazione al giureconsulto in tutte le quistioni che toccano direttamente vitali interessi della umana società. Studiando poi la questione in relazione al diritto civile, pare a me che i sostenitori della responsabilità in quistione non intendano nè applichino rettamente i canoni dell'*azione istitoria*, nè rettamente si raffigurino la condizione giuridica dei pubblici ospedali o nosocomî di fronte agli addetti loro, medici, chirurghi, infermieri e simili.

Reputo anzi tutto necessario avvertire una distinzione, ovvia bensì, ma che non è difficile ed è funesto dimenticare. È la distinzione fra responsabilità di un ente morale, e responsabilità di chi lo rappresenta, cioè dei componenti il Consiglio di direzione o di amministrazione. Chi nega la responsabilità degli addetti all'ente morale può ammettere in pari tempo quella dei Direttori o Amministratori, e chi non trova abbastanza guarentito il diritto dei terzi dalla responsabilità degli addetti all'ente morale, deve riflettere se nel caso la responsabilità dei Direttori o Amministratori non basterebbe, senza pretendere a quella dell'ente morale.

Tutta la discussione si aggira intorno ad un punto solo, che è anche l'unico fondamento delle sentenze delle Corti di Bologna, di Genova, e della Cassazione romana 24 maggio 1897,

Digitized by Google

alla tesi cioè che l'azione istitoria dell'art. 1153 cod. civ. possa adoperarsi contro un ente morale, avente scopo di beneficenza, come un pubblico nosocomio qualunque, pei fatti illeciti e dannosi ai terzi, dolosi o colposi, degli addetti al servizio del medesimo. O, in altri termini, devesi indagare se veramente gli enti pubblici di quella natura siano preponenti o committenti rispetto al personale di servizio, medici, chirurghi, infermieri, e simili, e se queste persone siano preposti o commessi rispetto a quelli.

Che ciò veramente sia, parve cosa evidente e indiscutibile alle Corti suddette, sicchè queste neppure si diedero pensiero di possibili obbiezioni, e tutto il loro ragionamento ridussero all'indagine di fatto della condotta colposa dei medici o dei sanitari addetti al nosocomio. Io credo invece che quella tesi sia tutt'altro che sicura, e sono d'avviso che non la si possa affatto accettare e sostenere.

Anzi tutto non mi par giusto l'equiparare totalmente i medici e chirurghi addetti ad un nosocomio, ai semplici infermieri o guardiani, o inservienti in generale, nello applicare il concetto di commessi, dato pure che di fronte a loro si possa ammettere e determinare un committente.

I medici e chirurghi non sono commessi di chi li designa a curare altrui, per la ragione che non ricevono una vera e propria commissione. Non ha questa mai un oggetto così indeterminato, come sarebbe la pretesa commissione dei medici e dei chirurghi. Se il committente infatti non può anticipatamente prestabilire tutti quanti i singoli atti del commesso, al quale deve necessariamente essere lasciata una certa latitudine nella scelta dei partiti da prendere nei varî casi, questa indeterminatezza però cade propriamente sulle modalità concrete delle operazioni affidate al commesso, non su queste operazioni stesse, la cui indole e varietà si possono ben determinare anticipatamente secondo il vario oggetto della commessione. E ciò per il motivo che le operazioni affidate ai veri e

Digitized by Google

proprî commessi, o sono materiali, cioè richiedono più l'opera materiale che quella della mente, o sono rette da norme, la cui applicazione non esige il concorso di un apprezzamento del tutto subiettivo. Il medico invece è persona a cui si lascia una illimitata libertà nella cura dei malati; le operazioni dell'arte sua, che egli può intraprendere a quel fine, sono di una varietà infinita, attesa la varietà infinita dei casi, e propriamente dei casi simili, il costante progresso della scienza, la varietà delle dottrine e scuole scientifiche, il vario discernimento e il differente ingegno delle persone che esercitano quella professione. Lungi dal potersi da chi designa un medico o chirurgo a curare altrui, con norme fisse determinare anticipatamente, neppure nei punti più essenziali o salienti, le operazioni che quelli intraprenderanno, egli le lascia intieramente al loro apprezzamento subbiettivo. Se quindi il preponente industriale può essere chiamato responsabile dell'operato del commesso, non è possibile che dell'operato dei medici e dei chirurghi sia responsabile chi loro affida malati da curare. Della *colpa professionale* non può essere responsabile che il medico e il chirurgo che la commette, e non altri; e ciò è tanto a dirsi di medici e di chirurghi addetti a pubblici nosocomi, quanto di quelli addetti a case private di salute. Quando i sovrastanti degli uni e delle altre hanno proceduto alla nomina di quei sanitari a termini dei relativi regolamenti, e a norma della prudenza e cautela necessarie nel disimpegno del loro ufficio, non possono più avere altra responsabilità se non di vigilare a che i sanitarî da essi nominati facciano il loro dovere, e dei necessari provvedimenti pel caso che quelli abbiano male esercitato il loro ufficio. E per la stessa ragione appunto io non credo neppure che il medico o il chirurgo, reo di colpa professionale a danno di un privato che a lui si rivolse, sia responsabile soltanto di colpa contrattuale, la quale, consistendo nel non adempire o male adempire la prestazione promessa, suppone predeterminata nel contratto la prestazione

Digitized by Google

dovuta, così esattamente, almeno nei suoi essenziali caratteri, come al concetto di contratto si addice. Il contratto non ha fatto che costituire il medico o il chirurgo, di fronte al suo cliente, in una situazione, per così dire, di padronanza sulla persona di questo, la quale padronanza è un rapporto a sè, e di per sè medesima vuol essere considerata, prescindendo dal contratto da cui ebbe origine, e, abusata dà luogo a vera e propria responsabilità aquiliana. Collima col fin qui detto una sentenza della Corte di appello di Bordeaux 31 luglio 1888 (*Journ. du Palais*, 1879 n. 102).

Soltanto di colpe dei sanitari di un pubblico nosocomio, che propriamente *professionali* non sono, ma consistono nella inosservanza di prescrizioni regolamentari, è luogo a discutere se la responsabilità risalga all'ente nosocomio. Ma questa responsabilità pare a me incompatibile colla indole propria della persona morale, pubblico nosocomio in generale, cioè colla natura della funzione che gli enti di questa specie esercitano per mezzo dei loro addetti di qualunque categoria.

Sarebbe infatti l'azione di responsabilità della quale si discute, quella contemplata dall'art. 1153 cod. civ. cioè l'*actio institoria* del romano diritto. Ora l'*actio institoria* del romano diritto è propria esclusivamente del giure patrimoniale, di quel giure cioè che ha per principale suo oggetto le materiali utilità, cioè lo scambio di cose materiali, e di servigî traducibili in valor di cose o danaro, fra persona e persona. Il commesso o preposto è persona che fa affari di una data specie; è così chiamato, dice Ulpiano, *ex eo quod negotio gerendo instet* (L. 3, § 5, Dig., *de instit. act.*); chi si rivolge all'*institor* conchiude con lui un negozio per mira di lucro, un negozio che o si compie nell'atto stesso in cui viene conchiuso. o che si compie in un tempo determinato, il più delle volte breve. Vale per l'*institor* ciò che vale per l'*exercitor navis*, essendo noto che l'*actio institoria* non fu altro se non una imitazione ed estensione dell'*actio exercitoria*, ed ora l'*exercitor navis* è colui,

Digitized by Google

dice Gaio (IV, 71), *ad quem cotidianus navis quastus pervenit,* come in generale si dice *exercitor* colui che ritrae lucro da un esercizio industriale qualunque (Conf. Brissonius, *De verb. signif.*, voce *Exercere*, e Costa, *Le azioni exercitoria e institoria nel dir. romano,* Parma 1891). Non è detto nelle Istituzioni (l. c.): *institoria tunc locum habet quam quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit?* Si scorra il titolo del Digesto *de institoria actione* vi si dice in generale: *cuicunque igitur negotio prepositus sit, institor recte appellabitur* (l. 5 pr.), e gli esempi che vi si danno, sono tutti di affari patrimoniali: dazioni in mutuo, spaccio d'olio o di altre merci, compere di bestiami e di schiavi, compere e coltivazione di campi, amministrazione di edifici, di mulini, gestione di osteria, di tintoria, di banca *(mensa numularia),* acconciamento di cadaveri, e simili.

Propriamente l'*institor* e l'*actio institoria* suppongono quasi sempre una *azienda*, benchè possano aver luogo anche per atti isolati, come p. es. se *vestiarii vel linteárii dant vestem circonferendam et distrahendam* (L. 5, § 3, Dig. *Cod. tit.*), ed una azienda, come si direbbe oggi, di *minuto commercio*, o pure, se commerciale non sia, una azienda che si risolve in tanti minuti e svariati atti o affari, come p. es. la gestione di un edificio o di una fattoria. Gli è appunto codesta moltiplicità e varietà indefinita di piccoli affari, a compiere i quali è chiamato l'istitore, ciò che dà ragione della responsabilità del *dominus,* non ostante che questi non li poteva affatto tutti singolarmente prevedere e autorizzare. Ma sono anzitutto affari, cioè atti e contratti d'indole patrimoniale e posti in essere con mira di *lucro,* e precisamente di lucro di entrambe le persone, il *dominus* e l'*institor*, l'occasione e l'oggetto della *preposizione* e dell'*actio institoria.*

Ed è precisamente per questi due rispetti, presi insieme, varietà indefinita e imprevedibilità degli atti affidati, all'*in-*

Digitized by Google

stitor, scopo di lucro, che il *dominus* pel primo, o preponente, ha di mira, che la preposizione differenzia dal mandato, e l'*actio institoria* dall'azione del terzo contro il mandante. Imperocchè il mandato può tanto essere per singoli atti o contratti, quanto generale per una intiera categoria di atti o contratti, e certamente la preposizione non può essere confrontata che col mandato generale; ma il mandato non ha necessariamente uno scopo di lucro, neppure pel mandante, potendo essere adoperato per la conclusione di ogni specie di negozî, gratuiti e onerosi, patrimoniali e non patrimoniali.

Poste queste cose, parmi chiaro, come la luce del sole, che nel rapporto intercedente fra chi si fa ospitare in un pubblico nosocomio e quest'ultimo non si può affatto ravvisare proposizione, e che quindi non ne può nascere azione institoria del primo, o degli eredi del primo, contro il secondo per ragioni dell'operato degli addetti di questo per la cura de' malati, a termini dell'art. 1153 cod. civ. Un pubblico nosocomio ospita e dà a curare gratuitamente i malati poveri; esso è istituto di beneficenza, e chi a quello si rivolge, domanda un servizio bensì, ma a tutto vantaggio proprio, non a quello del nosocomio. Dove è qui un'azienda, o un negozio singolo, intrapreso per mira di lucro da chi se lo assume? Certamente il pubblico nosocomio, ospitando un malato, si obbliga a fare qualche cosa, ma cotesto obbligo non ha nulla di comune coi negozî rispetto ai quali è stata escogitata la preposizione e l'azione institoria. Se i malati vengono trattati male in un pubblico ospedale, rispondono certamente del danno coloro i quali lo hanno cagionato per colpa o per dolo, siano essi infermieri, o medici o chirurghi, o altri funzionari qualunque addetti al nosocomio, e non soltanto quelli che ne furono causa immediata e diretta, ma altresì coloro i quali avrebbero dovuto sorvegliare i primi, e non lo fecero, risalendo magari fino ai capi, o direttori, o amministratori dell' Istituto. Ma non è in genere responsabilità contrattuale, nè, in ispecie, re-

Digitized by Google

sponsabilità institoria, che è pur essa una specie di responsabilità contrattuale, ma è semplicemente responsabilità per danno dato, a termini dell'art. 1151 cod. civ. italiano.

È ben diversa la responsabilità di un pubblico nosocomio verso i malati per ragione del trattamento che questi si ebbero dal personale addetto alla loro cura, da quella che esso avrebbe verso i medesimi per qualsivoglia altro titolo, p. es. per mala costruzione dell'edificio o delle sale. Se rovinasse il tetto del nosocomio, per effetto di mala costruzione, o difettosa manutenzione il danno dovrebbe certamente essere riparato, ma da chi e in virtù di quale azione? Certamente dall'ente nosocomio, e questa volta in virtù dell'azione dell'articolo 1153, potendosi, come in seguito renderò più chiaro, applicare intieramente il diritto comune a tutti quanti gli enti morali in ciò che riguarda la gestione del loro patrimonio. Non vi è infatti nessuna differenza fra il crollare di un ospedale sulla testa dei malati, o su quella dei passanti, o sugli edifici vicini. Gli ufficiali del pubblico nosocomio, addetti alla cura dell'edificio di questo, sono veri preposti, o istitori, il cui agire è agire dello stesso ente morale, e impegna quindi la responsabilità di questo, da farsi valere sul suo patrimonio. Ma non è invece possibile reputare operato del nosocomio quello degli addetti alla cura e assistenza dei malati ospitati nel medesimo, perchè ciò è escluso dall' indole del rapporto intercedente fra i malati e il nosocomio.

L'assenza di ogni mira di lucro per parte dell'ente nosocomio nell'esercizio della propria missione sua, è, come ho detto, la causa di quell' impossibilità. Ove appena la funzione sanitaria di un pubblico nosocomio svesta quel carattere di gratuità, e assuma quello di prestazione retribuita, il diritto comune deve essere applicato, e la responsabilità di quell'ente può assumere l'aspetto giuridico dell'art. 1153. Se p. es.. nella farmacia di un pubblico ospedale si vendano anche medicamenti al pubblico, non è dubbio che il farmacista ospitaliero

Digitized by Google

assume di fronte ai compratori veste di preposto dell'ospedale, e questo di preponente, sicchè, se danno ne venga, il danneggiato può spiegare contro l'ospedale l'azione istitoria. E in tal caso accadrebbe che l'ospedale rivestisse in pari tempo, di fronte a diverse persone, due aspetti e condizioni giuridiche differenti; ente irresponsabile dell'operato dei propri addetti verso le persone gratuitamente assistite, responsabile invece verso i terzi che hanno retribuito il servizio ricevutone. Duplicità di persona e di condizione giuridica in un medesimo individuo, che non è nuova in diritto, nè in sè racchiude nessuna mentale difficoltà.

Onde persuadersi viemaggiormente della irresponsabilità istitoria, che io vado combattendo, giova riflettere che altrimenti i pubblici nosocomi verrebbero ad essere equiparati alle case private di salute, impiantate e condotte per cosidetta speculazione. Che chi intraprende ed esercita una casa privata di salute, debba rispondere dell'inosservanza dei regolamenti per parte dei sanitari tutti quanti, medici, chirurghi, infermieri, farmacisti, a cui un malato è stato affidato, si capisce. Quegli è un vero *dominus negotii*, persona che istituisce un'azienda sanitaria per lucrare, e che nell'esercizio di questa ricorre all'opera d'altri, che sono veri istitori, o commessi o preposti; fra quel *dominus* e i malati ospitati intercede un vero e proprio rapporto contrattuale, sicchè, se il primo ha sostituito a sè persone dipendenti da lui, ciò non ha potuto essere se non nel senso e alla condizione che in pari tempo egli facesse propria la responsabilità dei secondi verso l'altro contraente. Ma un pubblico nosocomio non contrae coi malati che vi vengono accolti, e se esso pure deve esercitare l'ufficio suo verso di questi per mezzo di addetti e dipendenti, non è possibile che egli assuma in pari tempo la responsabilità dell'operato loro nell'esecizio del loro ufficio, poichè neppure ne vengono a lui lucri di sorta, cui egli non mira, e che quei

Digitized by Google

dipendenti e addetti non hanno quindi neppure potuto procacciargli.

Fin qui ho considerato la tesi in questione dal punto di vista del rapporto intercedente fra un pubblico nosocomio e gl' individui che vi sono ospitati; passo ora a considerarla dal punto di vista dell' indole giuridica della persona *pubblico nosocomio*, per vedere se anche sotto codesto rispetto si possano elevare difficoltà contro la medesima.

Questo secondo punto di vista non è stato considerato affatto, nè sospettato neppure dalle Corti succitate; eppure una non difficile associazione di idee lo poteva suggerire. Non è ella tesi ormai pacifica nella giurisprudenza italiana, che lo Stato non risponde, nè per titolo di mandato, nè per quello di preposizione, dell'operato dei funzionari addetti alla sua propria missione pubblica? E non è egli quindi non irragionevole il domandare se per avventura non si possa qualche analogia riscontrare fra la persona Stato e gli enti morali avente pubblica missione di beneficenza? Si risponda pure come si vuole a codesta domanda; la si scarti persino come improponibile affatto, ma una risposta qualsiasi non le si può dare, senza averla posta, e senza avervi, anche per pochissimo, riflettuto.

Io sono appunto d'avviso che per le stesse ragioni per cui lo Stato non è responsabile dei malefatti dei suoi fuzionari addetti alla sua *propria pubblica missione,* neppure lo è nè lo può essere un ente morale qualunque, avente del pari una missione pubblica, cioè a vantaggio del pubblico, e in particolare un pubblico Istituto di beneficenza. Farà gran meraviglia a prima giunta ad ognuno codesta proposizione; e che per ciò? Non versiamo noi in materia non ancora studiata nella moderna giurisprudenza, in una di quelle materie, nelle quali è pericoloso il fare leggermente a fidanza col diritto romano, a cui erano del tutto ignote molte figure giuridiche del diritto odierno, come appunto quella dello Stato colla duplicità di

Digitized by Google

persona che oggi gli è riconosciuta, e quelle eziandio dei tanti enti morali pubblici odierni, sia a scopo politico o pubblico-amministrativo, sia a scopo privato umanitario? Che del resto la responsabilità suaccennata dello Stato si debba estendere alle minori persone pubblico-politiche, come sarebbero p. es. i Comuni, nessuno può dubitare; or che l'analogia si possa ulteriormente estendere agli enti morali pubblici a scopo umanitario, non deve sembrare così strana supposizione, che sia lecito scartarla senza neppure discuterla.

Ho detto pacifica tesi quella dell'irresponsabilità dello Stato pei malefatti dei funzionari addetti all'esercizio della pubblica missione sua, e stimo superfluo citare responsi di scrittori e di tribunali per convalidare codesta asserzione. Ed io, che, come tutti sanno i giuristi italiani, fui dei più operosi nello studio di questo argomento, mi sono adoperato bensì a sostenere in taluni casi la responsabilità dello Stato pei malefatti dei suoi funzionari, ma sono sempre stato fedele alla mia tesi fondamentale; « la non responsabilità è la regola, e la responsabilità è l'eccezione » (V. le mie *Quistioni di diritto civile*, 2 ediz., Torino 1885, p. 110 e segg. e *Foro italiano*, 1881 L. 932).

Ora, io dico anzitutto, deve valere anche per gli enti morali pubblici a scopo umanitario quella irresponsabilità che vale per lo Stato rispetto all'operato dei funzionarî addetti alla sua pubblica missione, appunto perchè sono enti *pubblici* quelli come questo.

Enti pubblici quelle persone morali, non solo perchè stanno a servizio del pubblico, ma perchè sono vere e proprie pubbliche *istituzioni*, come lo Stato, cioè sono veri e proprî organi della vita nazionale, rispondono e soddisfano a vere necessità di questa. E v' ha di più. Non solo essi esistono perchè lo Stato li costituisce e conserva persone morali, comunicando loro quasi un soffio della sua stessa vita, locchè può dirsi di tutte quante le persone morali, ma eziandio essi pos-

Digitized by Google

sono considerarsi organi dello Stato medesimo. Imperocchè tutta la vita loro si svolge secondo norme approvate dallo Stato, e, quel che è più, sotto il controllo dello Stato, per opera di autorità pubbliche, le quali in tale ufficio mettono capo alle autorità supreme di quello. Par quindi ragionevole attribuire anche a quegli enti morali le stesse guarentigie giuridiche, che valgono per lo Stato, fra le quali vi ha appunto l'irresponsabilità dei malefatti dei funzionari loro, nell'esercizio delle manzioni a questi assegnati.

Non è però soltanto l'analogia, anzi la stretta e organica relazione fra gli enti morali in discorso e lo Stato, titolo sufficiente, a mio avviso, della irresponsabilità di quelli come di questo, pei malefatti dei funzionarî addetti alla loro pubblica missione. Chi ricerca le ragioni per le quali codesta irresponsabilità è ammessa per lo Stato, deve, a mio avviso, riconoscere che essa applicasi perfettamente anche agli enti morali pubblici destinati a scopo privato-umanitario.

La principalissima ragione della irresponsabilità dello Stato pei malefatti dei funzionarî addetti all'esercizio della sua pubblica missione è per me, come ebbi già a dichiarare nei citati miei scritti (v. *Questioni di d. c.*, p. 1581), il carattere di *necessaria*, e non di *volontaria*, che spetta alla rappresentanza dello Stato per opera di quei funzionarî. Lo Stato non è una concreta persona che possa agire tanto da sola, quanto per mezzo degli asseriti suoi commessi o pubblici funzionarî; esso, come io pur dissi nel mentovato luogo (p. 158), non si trasforma da concetto astratto in ente concreto, se non per opera dei funzionarî suoi. Si consuma e compenetra la vita e operosità concreta dello Stato nell'azione dei pubblici funzionarî, e al di là di questa lo Stato non è che una astrazione, sicchè i funzionari pubblici furono opportunamente chiamati *organi*, piuttosto che strumenti dello Stato. Tutto ciò equivale a dire che l'asserita rappresentanza dello Stato per opera dei pubblici funzionarî non è *volontaria*, ma *neces-*

Digitized by Google

saria. Or la rappresentanza necessaria esclude indubbiamente l'azione istitoria contro il rappresentato, perchè il rapporto istitorio, il concetto di istitore o preposto o commesso, suppongono precisamente il contrario, cioè la rappresentanza *volontaria*, e non necessaria, del *dominus* per parte di quelle persone.

È egli forse possibile dubitare di ciò?

No certamente. Per consenso di tutti i giuristi il fondamento razionale dell'azione istitoria non è altro che la libertà della nomina e della scelta dei rappresentanti-commessi per parte dei committenti, è la possibilità e il dovere della sorveglianza di quelli per parte di questi. Onde si dice comunemente che la responsabilità statuita dall'art. 1153 ha per sua ragione la mala scelta o la mancata sorveglianza del commesso per parte del committente. Che codesta mala scelta o mancata sorveglianza siano presunte dalla legge, senza far luogo a controprova, costituiscano una presunzione *juris et de jure*, sicchè la *colpa* del commesso, una volta provata, si trasformi, senz'altro, in colpa del committente, — non infirma per nulla quella premessa; sono mere e ovvie ragioni di pratica utilità quelle per cui il legislatore ha negato al committente la prova di non aver mancato di diligenza nè nella scelta, nè nella sorveglianza del commesso.

È tanto vero che la volontarietà della rappresentanza è condizione imprescindibile dell'azione contro il *dominus* pei malefatti del rappresentante-commesso nell'esercizio delle attribuzioni sue, che l'art. 1153 nega ai *committenti* l'eccezione dell'*impossibilità di impedire* il fatto, che accorda invece ai *genitori, tutori, precettori, artigiani,* responsabili anch'essi di fatti non proprî, cioè dei fatti dei loro sottoposti in tale loro qualità. Quale altra è la ragione di questa differenza, se non quella della *non volontarietà*, cioè della *necessità* della rappresentanza, che per natura e per legge hanno quelle persone dei sottoposti loro? Imperocchè, come osserva benissimo

Digitized by Google

il Larombière (*Obligat.*, art. 1384, 25), non si è genitori, nè tutori totalmente per volontà propria, e gli scolari e gli allievi d'arte si ricevono e non si cercano, mentre il committente cerca, sceglie e nomina il suo commesso.

E dunque, se la volontarietà della rappresentanza è il fondamento razionale dell'azione istitoria, e se *necessaria* e *non volontaria* è la rappresentanza dello Stato per parte dei funzionarî nell'esercizio della sua pubblica missione, si comprende chiaramente come e perchè questa azione non possa adoperarsi per far rispondere lo Stato dell'operato di quei funzionarî.

Or non è essa pur *necessaria* rappresentanza quella degli enti morali pubblici in generale, e di quelli a scopo umanitario in particolare, per parte dei funzionarî loro? Non divengono essi pure tutti codesti enti, al pari dello Stato, concreti soltanto per opera dei loro funzionarî od organi, e non sono anch'essi mere astrazioni, se ed in quanto quei funzionarî non li rappresentano? Vi ha egli luogo a scelta e nomina dei rappresentanti e funzionarî per parte dell'ente morale pubblico nosocomio, o di un altro ente morale pubblico qualunque, simile a questo o differente, più di quello che vi sia luogo a tali cose per parte dell'ente Stato?

E dunque, se la necessità della rappresentanza impedisce che i funzionarî dello Stato nell'esercizio della pubblica missione di questo si reputino istitori o commessi, la stessa ragione non può non impedire che tali si reputino i funzionarî, di qualunque specie, di un pubblico nosocomio, addetti all'esercizio della propria missione di questo.

E anche per tale gravissimo motivo l'irresponsabilità che io vado propugnando nell'ente morale *pubblico nosocomio* apparisce validissimamente suffragata dalla analoga irresponsabilità dello Stato, e l'argomentazione analogica dallo Stato agli altri enti morali pubblici, e ai pubblici nosocomi in par-

Digitized by Google

ticolare, nella quistione di quella responsabilità, apparisce nel più alto grado appropriata e decisiva.

Sicchè la tesi che io combatto non può non apparire, a chi accuratamente la studî, erronea e antigiuridica, sia che la consideri dal punto di vista dell'oggetto della relazione fra istitore o commesso, e committente, sia che dal punto di vista dell'intrinseca indole di questa relazione medesima. E come sono anche questi i punti di vista da cui il rapporto istitorio e l'azione istitoria vogliono essere studiati, onde penetrarne la vera indole e il vero fondamento, io ne conchiudo che l'azione istitoria non potrebbe essere applicata nei casi decisi dalle Corti succitate e nei casi simili, senza disconoscere o sovvertire gli stessi principî giuridici che a quell'azione presiedono e al corrispondente rapporto obbligatorio.

Sono queste le ragioni colle quali io ho dapprima combattuto nel 1895 la dottrina della Corte di Bologna. Un solo contraddittore esse hanno trovato nel campo della scienza, l'avv. G. Ruta in una nota inserta nella *Cassazione unica* (1895, p. 91-98). Cortese è questa risposta, ma parmi consistere più in denegazioni che in argomentazioni contrarie.

L'avv. Ruta nega che non siano *commessi* i funzionari addetti, per es., a un brefotrofio, come, per es., i medici, una volta che sono stati liberamente scelti dall'amministrazione dell'opera pia. Nega che vi sia analogia fra gli enti pubblici propriamente detti e le opere pie in questione. Nega che la nomina dei funzionari di queste opere sia necessaria, perchè libera è la scelta individuale di quelli. Afferma invece che anche i brefotrofi, e altre simili istituzioni, hanno di mira una *utilitas*, cioè l'utilità che dalla loro assistenza ricevono coloro che ad esse ricorrono. E anche afferma che in particolare fra una nutrice di professione e un brefotrofio intercede un vero contratto oneroso (di *do ut facias*) rispetto ai bambini che a quella vengono affidati da allattare.

Digitized by Google

Alle tre denegazioni dell'avv. Ruta, io contrappongo, oltre a tutti gli argomenti da me addotti in contrario, un semplicissimo riflesso. E questo è che, siavi analogia o no fra gli enti morali in questione e lo Stato e gli altri enti pubblico-politici, è certamente analoga la situazione dei funzionari degli istituti di beneficenza di fronte a codesti enti, e quella dei funzionari dello Stato, delle provincie, dei comuni, di fronte a questi altri enti, e quindi, se sono commessi i primi, e se non è necessaria la nomina dei primi, devono reputarsi commessi anche i secondi, e non necessaria, ma volontaria, anche la nomina dei secondi, il che è noto essere escluso pacificamente dalla giurisprudenza.

Alla prima affermazione del Ruta rispondo che il reputare utilità anche il servire altrui gratuitamente, e l'affermare come utilità di chi agisce quella di chi è obbietto dell'azione, potrà essere una lecita arditezza di linguaggio, ma a nulla conduce nella questione di che si tratta, perchè è certo che l'azione istitoria, dai Romani in poi, si fonda sull'utilità, e propriamente sul lucro pecuniario, del preponente.

Alla seconda affermazione del Ruta rispondo che tra la nutrice e il brefotrofio è bensì intervenuto un contratto, ma non un contratto in cui l'istituto mirasse al lucro dal canto suo. E l'istituto, come ente morale, ha appunto adempiuto il suo dovere contrattuale consegnando un bambino, dichiarato immune dai sanitari addetti a codesto ufficio, e pagando la retta mensile. Se, pur troppo il bambino era affetto da malattia contagiosa, non può rispondere di ciò l'ente morale brefotrofio col patrimonio suo, come risponderebbe se la retta mensile non fosse stata pagata, o se lo fosse stata, per es., con monete calanti o con moneta falsa.

Da ultimo osservo all'egregio avv. Ruta che non sarebbe affatto una sicura guarentigia del buon funzionamento di un'opera pia, il rispondere questa col patrimonio suo dei malefatti

Digitized by Google

dei funzionari suoi nell' esercizio delle loro attribuzioni, in tutti i casi, che sono i più, nei quali l' incuria o la malvagità dei funzionari non può attribuirsi per nulla a colpa di coloro, da cui l'ente morale è amministrato e governato.

Ultimamente un mio caro amico, il valente avv. Dino Camici (*Sulla responsabilità degli amministratori degli ospedali,* Bologna, 1897) insorse pure contro la tesi della irresponsabilità dell' ente nosocomio pei malefatti dei sanitari a questo addetti. Ed egli pure attacca il fondamento principale di questa tesi, che è l'inapplicabilità dell'azione istitoria a enti addetti alla beneficenza pubblica, ma reputa anch' egli, al pari del Ruta, che all'utilità *questuosa* equivalga l'*interesse* che ha l'ospedale al buon trattamento dei poveri, la quale equiparazione come ho detto sopra non mi pare sensibile.

Io debbo quindi persistere, fino a più fondate contraddizioni, nella opinione della irresponsabilità, nella tesi da me propugnata, e anche dalla Cassazione di Roma, come ho detto, due volte adottata.

Non posso però convenire nel responso 13 decembre 1896 della cassazione di Roma, circa la responsabilità del Governo *pro tempore* del nosocomio pei malefatti dei sanitari addetti a questo, responsabilità cioè da presumersi, a termini dell'art. 1153, senza consentire contraria prova, non appena quei malefatti assumano l'aspetto di infrazioni a disposizioni regolamentari. Io reputo invece gravissimo errore codesto, e perniciosissimo agli stessi enti morali, che si vorrebbero in tal guisa meglio tutelare, poichè ha per naturale suo effetto di distogliere ogni onesto cittadino dal partecipare alla amministrazione di quelli. E infatti la detta sentenza 10 decembre 1896 non suscitò soltanto lamenti e censure nella stampa, ma fu motivo per cui talune amministrazioni di pubblici ospedali, come p. es. quella dell'Ospedale di S. Giovanni di

Digitized by Google

Dio a Firenze, diedero la loro dimissione, e altre pubblicarono formali proteste (1).

Di vero, se i componenti *pro tempore* il governo di un pubblico nosocomio si devono ritenere responsabili delle infrazioni ai regolamenti per parte dei sanitari ospedalieri, accadute durante il loro regime, senza neppur ricercare se quei funzionari siano stati nominati dal *governo* attuale, o da uno precedente, non si vede il fondamento giuridico di tale responsabilità. Imperocchè ognuno è responsabile soltanto dei fatti e delle omissioni proprie. Poichè la corte non distingue la responsabilità dei singoli governi *pro tempore*, e dei malefatti dei sottoposti di questi chiama senz'altro responsabile quel qualunque *governo*, che si trovi in funzione al momento dei medesimi, codesta decisione, inammissibile dal punto di vista del più fondamentale canone in materia di civile responsabilità, ha tutto l'aspetto di una inesatta espressione d'un ben altro e più generale concetto. Sembra cioè che, nell' atto di pronunciarla, la Cassazione di Roma fosse dominata dall' idea che la responsabilità dei malefatti in discorso dovesse risalire più in alto; se non che all' ente morale non credette di farla risalire, e prese quindi una specie di mezzo termine, addossandola al *governo pro tempore* dell'ente morale. Ma in ciò la corte, oltre all'impingere contro il canone giuridico che nessuno risponde se non dei fatti propri, neppure interpretò rettamente il suo stesso pensiero. Se al *governo* dell'ente morale deve risalire la responsabilità dei malefatti dei funzionari suoi, prescindendo affatto dalla colpa *in eligendo* dei governanti, di caso in caso, quello non può essere che il *governo* in generale, impersonale, non mai un governo *pro tempore*; ma il governo, l'amministrazione, in genere, impersonale, di un ente morale, in che cosa mai

---

(1) Così p. es. la Commissione amministratrice degli Spedali Civili di Genova, in un opuscolo: ***Responsabilità d'amministratori d'opere pie in dipendenza dell'operato dei sanitari,*** Genova, 1897.

Digitized by Google

può differire da questo ente medesimo? O quindi si ripudia affatto la tesi della responsabilità dei governanti *pro tempore* di un'opera pia, astrazion facendo dalla colpa propria di essi, oppure bisogna ammettere, in quei termini appunto, la responsabilità del *governo in generale* dell'opera pia, del *governo* ente morale, che è la stessa responsabilità dell'ente opera pia, intorno a cui la cassazione di Roma nella detta sentenza del del 1896 diceva di non volersi pronunziare.

Ho detto sopra che l'irresponsabilità dell'ente nosocomio, opera pia in generale, non esclude, oltre alla responsabilità dei funzionari addetti ad esso, anche quella dei componenti l'amministrazione o il *governo pro tempore*, semprechè sia dimostrata la effettiva colpa di questo. È un punto codesto che ha bisogno di essere chiarito.

Anzitutto osservo che, affermando tal tesi, io intendo propriamente che ogni componente l'amministrazione o il governo dell'ente morale sia responsabile della colpa propria. Responsabilità collettiva non può essere che di quei membri, i quali siano stati associati nella colpa, e, a questa condizione soltanto, anche di tutta quanta l'amministrazione, cioè di tutti i componenti di questa.

Ma e di quale indole è poi la responsabilità in discorso?

È essa responsabilità di committente, a termine dell'articolo 1153?

Io non lo credo. Imperocchè il committente è persona che affida ad altri un ufficio che potrebbe disimpegnare egli stesso, che, ciò che più monta, deve essere disimpegnato nel suo proprio interesse, che viene disimpegnato dal commesso in nome del committente. Or tutti questi caratteri mancano nelle persone in quistione, se anche i funzionari, di che si tratta, siano stati costituiti da esse. Imperocchè il còmpito di quei funzionari, è tutt'al più, ma non propriamente parlando, interesse dell'ente morale, e gli amministratori li costituiscono per obbligo

Digitized by Google

incombente a loro stessi, non già per loro libera determinazione, nè come loro rappresentanti. Oltracciò quei funzionari agiscono di regola non secondo ordini dati dall'amministrazione che li ha costituiti, ma secondo le norme contenute negli statuti dell'ente morale, obbligatori non per essi soltanto, ma anche per gli stessi amministratori *pro tempore*, che li hanno nominati, e certamente non furono ad arbitrio formulati da questi, nè potrebbero venir mutati da questi ad arbitrio loro. Mancano adunque nel rapporto intercedente fra i due ordini di persone in discorso, tutti i caratteri della commissione, nè la responsabilità degli amministratori o governanti *pro tempore* può quindi essere desunta dall'art. 1153.

Ciò mi par chiaro, ma egli è altrettanto chiaro che, se un amministratore, o un membro dell'amministrazione di uno degli enti in discorso, fa una cattiva scelta di un funzionario, e può veramente dirsi colpevole per una tale scelta, per es. nominando un medico senza patente, o già licenziato da altra persona, morale o fisica, per provata e notoria incapacità, o un inserviente notoriamente dedito all'ubbriachezza, o a brutali maniere, deve anche rispondere, insieme al funzionario medesimo, del danno che questi ha recato ad altrui, nel disimpegno delle sue funzioni. Che se questa responsabilità non può essere quella dell'art. 1153, ne consegue egli forse senz'altro, che nessun fondamento giuridico le si possa assegnare, che non la si possa, come si dice, costruire giuridicamente?

Io non lo credo.

Se infatti ognuno che è causa del male altrui, deve risarcimento, non è detto però nè che quest'obbligo supponga un male recato direttamente, cioè coll'opera propria, anzichè coll'altrui, nè che il rapporto giuridico intercedente fra chi nuoce ad altrui e una terza persona che pur di quel male risponda, debba sempre essere rapporto institorio. Chi manda ad altrui un'azione delittuosa, ne è pur certamente responsa-

Digitized by Google

bile anche civilmente, ma il mandante non è un *institor;* — chi spontaneamente gerisce un affare altrui mediante dipendenti suoi incapaci, o malvagi, è pur certamente responsabile civilmente, ma il *negotiorum gestor* non è un *institor*; — chi richiesto, per favore, di inviare un'idonea persona a prestare un servizio qualunque ad un altro, fa una scelta cattiva, onde l'altro risente danno, è pur certamente responsabile civilmente, almeno in caso di dolo, e anch'egli non ha nulla di comune coll'*institor;* ora, domando io, perchè non sarà del pari responsabile del danno recato ad altrui, chi scelse la persona che ne fu causa, disimpegnando l'ufficio per cui era stata scelta, se quegli aveva obbligo di questa scelta? Se chi, senza averne obbligo, e apparentemente per fare servizio ad altrui, scelse e mise in funzione l'autore del danno, è pur non ostante responsabile civilmente del danno recato da quella persona, ma nel solo caso di dolo, perchè non avrà ad essere responsabile di quel danno, anche per mera colpa, chi l'autore del danno abbia scelto e messo in funzione per obbligo che ne aveva? E non è questo appunto il caso di un amministratore d'opera pia, che nel far le nomine a lui incombenti per dovere d'ufficio, proceda con tanta leggerezza, da nominare persone incapaci o disoneste, che tali avrebbe potuto e dovuto riconoscere, e le quali recano poi danno ai terzi che alla pia opera ricorrono? L'amministratore di un'opera pia, che è colpevole nella scelta di un funzionario di questa, è certamente persona che ha mancato al suo dovere, e perciò solo è responsabile dei danni che da tale mancanza provengano; che il danno provenga da quella mancanza, direttamente o indirettamente, e, in quest'ultimo caso, che il danno sia indiretto, perchè cagionato dall'oggetto stesso della mala e colpevole scelta, cioè dal detto funzionario, sono tutte circostanze codeste, di fronte alle quali l'obbligo del risarcimento riman sempre ed ugualmente fondato, perchè il titolo di esso, la colpa, rimane sempre la stessa. E il fondamento giu-

Digitized by Google

ridico della responsabilità è in tutti i detti casi non altro che il canone generale dell'art. 1151 del codice civile, che « qualunque fatto dell' uomo, che reca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno ». *Qualunque fatto*, dice la legge, e quindi non solo un fatto che si consuma per opera di colui a cui si imputa, ma eziandio un fatto che, per causa data da questo per dolo o per colpa, si consuma per opera di un altro (1).

---

(1) Collimano in sostanza su questo punto le osservazioni del *Foro penale*, 16 dicembre 1896, pag. 197 e segg., in nota, e quelle dell'avv. Porrini in una sua savissima nota nel *Foro italiano* 1897, 2, 386.

Digitized by Google

Conseguenze civili della seduzione di donna con promessa di matrimonio.

Che la donna sedotta con promessa di matrimonio abbia diritto a risarcimento in confronto del seduttore, è massima che si va assodando nella giurisprudenza italiana. Possono infatti citarsi i seguenti giudicati che l' ammettono: Cass. Torino, 20 marzo 1881 (*Foro it.*, 1881, 1, 628); 26 maggio 1887 (riassunta nella *Giurispr.* di Torino, 1887, 560); 11 ottobre 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 1136); 18 dicembre 1895 (*Giurisprudenza it.*, 1896, I, 280); 12 giugno 1889 (*Foro it.*, Rep. 1889, voce *Responsabilità civ.*, n. 22); 26 novembre 1889 (*id.*, Rep. 1889, voce *Contratto*, n. 17); — Cass. Roma, 6 marzo 1893 (*id.*, 1893, I, 350, con nota); — Cass. Firenze, 9 settembre 1891 (*id.*, 1892, I, 142); — Corti d'appello: Genova, 31 marzo 1875 (*Gazz. trib.*, XXVII, 415); 17 febbraio 1877 (*Eco di giur.*, 1877, I, 222); 5 ottobre 1887 (*Foro it.*, Rep. 1888, voce *Responsabilità civ.*, nn. 15, 16); 30 aprile 1889 (*id.*, Rep. 1889, voce *Filiazione*, n. 48); 31 marzo 1891 (*id.*, 1891, I, 884 con nota); 27 luglio 1895 (*id.*, 1895, I, 997); — Torino, 19 agosto 1872 (*Giurispr.*, Torino, 1872, 637); 30 dicembre 1879 (*Foro it.*, Rep. 1880, voce *Responsabilità civ.*, n. 28); 23 dicembre 1892 (*id.*, Rep. 1893, detta voce, n. 31); — Bologna, 18 dicembre 1885 (*id.*, 1886, I, 33, con nota dell'avv. Manaresi); — Brescia, 5 aprile 1876 (*Legge*, 1876, 762); 12 gennaio 1884 (*Giurispr. it.*, 1885, II, 222); — Milano, 28 luglio 1885 (*Foro it.*, Rep. 1885, voce *Danni pen.*, n. 28); 25 gennaio 1888 (*id.*, Rep. 1888, voce *Obbligazione*, nn. 7, 8); — Venezia, 18 dicembre 1888 (*Temi veneta*, 1889, 76); Palermo, 28 dicembre 1895 (*Monit. trib.* 1896, 484); — Trani, 19 maggio 1893 (*Foro it.*, Rep. 1893, voce *Respon-*

Digitized by Google

sabilità civ., n. 30); Catania, 23 agosto 1896 (*Foro it.*, 1897, 709). In senso contrario pochi giudicati si pronunciarono; soglionsi citare: App. Torino, 29 dicembre 1866 (*Giurispr.* Torino, 1867, 176); 9 dicembre 1878 (*Foro it.*, 1879, I, 663); 30 dicembre 1879 (*id.*, Rep. 1880, detta voce, n. 28); 28 dicembre 1889 (*id.*, Rep. 1890, detta voce, n. 41); — App. Casale, 11 aprile 1866 (*Giurispr.* Torino, 1866, 1611); — App. Milano, 21 dicembre 1885 (*Foro it.*, Rep. 1886, voce *Contratto*, nn. 30, 31); — App. Bologna, 21 aprile 1879 (*id.*, Rep. 1880, voce *Responsabilità civ.*, nn. 44 46); — Cass. Palermo, 27 aprile 1889 (*id.*, 1890, I, 304). Ma il Giacobone, nel pregievolissimo suo scritto *I diritti della donna sedotta* (Varzi, 1890, p. 260, seg.) nota giustamente che le prime tre sentenze torinesi e quelle di Casale e di Bologna sono propriamente contrarie alla tesi del risarcimento in discorso, se si fa attenzione agli estremi di fatto e ai termini delle azioni giudiziali che avevano dato origine alle relative cause.

Nella giurisprudenza francese le cose stanno come nell'italiana. Ivi è pure prevalente la dottrina del dovuto risarcimento alla donna sedotta con promessa di matrimonio. Così decise infatti la Cassazione di Parigi, 21 marzo 1845 (Dalloz, *Rec.*, 1845, 177), e poi non si scostò più da questa dottrina, che ripetè in un giudicato 26 luglio 1864 (*id.*, 1864, I, 347). E, come la Cassazione di Parigi, decisero poi molte corti d'appello, come, per esempio: Caen, 10 giugno 1850 (*Journal du Palais*, 1852, II, 536): — Montpellier, 10 maggio 1851 (*id.*, 1835, II, 540): — Bordeaux, 23 novembre 1852 (Dalloz, *Rec.*, 1852, II, 23): — Douai, 3 dicembre 1853 (Sirey, 1854, II, 193): — Dijon, 16 aprile 1861, (Dalloz, *Rec.*, 1861, 423, 24): — Toulouse, 28 novembre 1861 (ap. Coulet et Vannois, *Etude sur la recherche de la paternité*, Paris, 1880, p. 71): — Colmar, 31 dicembre 1861 (*id.*, p. 62): — Bourges, (*id.*, p. 75). — Contro aveva deciso la Cassazione di Parigi, 21 marzo 1806, e poi decisero le corti di: Bastia 28 agosto 1854, (*id.*, p. 79): — Grenoble, 18 marzo 1854 (ivi): —

Digitized by Google

Nancy, 25 febbraio 1865 (*id.*, p. 80): — Parigi, 19 febbraio 1865 (*id.*, p. 81) e 2 agosto 1866 (*id.*, p. 821): — Aix, 14 luglio 1853 (*id.*, p. 77).

Oltre a moltissimi giudicati, anche molti scritti sono stati pubblicati in Italia e in Francia intorno alle conseguenze civili della seduzione di una donna con promessa di matrimonio, e forse la discordia è maggiore fra gli scrittori che fra i tribunali. Io pure ebbi a toccare più volte questo tema (vedi *Annuario delle scienze giuridiche* di Hoepli, 1881, p. 23 e seg., *Giornale delle leggi*, anno XIII, nn. 5, 7; *Foro it.*, 1881, I, 629), e di poi tenni sempre dietro a tutto ciò che di nuovo appariva sia nel campo della giurisprudenza, sia in quello della letteratura. Ed ora mi pare opportuno ritornare sul gravissimo tema, e riprenderlo in considerazione, sia per riprovare le idee de me esposte, confrontandole cogli obbietti che sono stati fatti dopo alla tesi da me propugnata, sia per tener conto di tutti gli aspetti che la quistione è venuta assumendo nello svolgimento che per opera di tanti scrittori le è stato dato.

Comincierò anzi da quest' ultimo punto.

Sono tre gli aspetti che la quistione è venuta assumendo nella scienza, secondo che si prenda a considerare: 1° il fatto della seduzione nel suo astratto concetto, cioè come relazione immediata fra il seduttore e la sedotta; 2° il fatto della seduzione accompagnato da gravidanza, e come causa di questa; 3° i diritti del figlio, frutto della seduzione comprovata. E, corrispondentemente, la general quistione delle conseguenze civili della seduzione si decompone nelle seguenti:

I. — Il seduttore di una donna può reputarsi obbligato per questo fatto a risarcire la sedotta?

II. — Può la seduzione venire ammessa come fatto, argomentando dalla gravidanza?

III. — Ammessa come fatto la gravidanza, frutto della

Digitized by Google

seduzione, ha il figlio naturale diritto di domandare al seduttore gli alimenti?

Prima di procedere, oltre stimo necessaria una considerazione.

La seduzione, a cui si riferiscono tutte le anzidette quistioni, é sempre ed esclusivamente quella operata mediante promessa di matrimonio. D'altre seduzioni non si tien conto; perchè ciò?

In realtà la seduzione si può compiere e si compie spesso anche in altre maniere. Sono note e innumerevoli le arti colle quali l'uomo sensuale ed egoista sa vincere la resistenza che una donna giovine, inesperta o povera, oppone alla sua concupiscenza, solleticandone la sensualità, o rappresentandole come lieve e senza conseguenze il trascorso cui vuole trascinarla, o facendole balenare davanti agli occhi compensi e vantaggi materiali, e tutti codesti artificî rendendo vieppiù efficaci colla insistenza. Come dice il Millet *(La séduction*, Paris 1876, p. 180), « la ragazza, che finisce per soccombere, cede a continuata ossessione, a un vero costringimento morale ». E, come io già notai in altra occasione (*Annuario*, l. c.), in questa seduzione, che è per avventura la più odiosa e la più frequente, vi ha un vero abuso che l'uomo fa della disuguaglianza morale dei due sessi, dell' inferiorità, sia comune alle donne, della riflessione al sentimento, sia frequente nelle giovani donne delle classi inferiori, in accorgimento e in padronanza di sè medesimo. Per me io sarei d'avviso con Millet (l. c., p. 121 e segg.) che fosse bene contemplare nel codice penale, come delitto, la seduzione di una minorenne, s' intende in età superiore a quella fino alla quale esso codice qualifica di più grave reato l'abuso sessuale (V. cod. pen. it., art. 331). Il codice penale sardo-lombardo (art. 500) contemplava in realtà la seduzione, mediante promessa di matrimonio, di donna che non raggiunse l'età di diciotto anni. E ciò dà ragione della maggior parte delle sentenze italiane favorevoli alla tesi in

Digitized by Google

quistione, le quali per conseguenza hanno perduto molto della loro autorità dopo che il nuovo codice penale non riprodusse il detto art. 500. Se però la detta proposta venisse accettata, non dovrebbe andar disgiunta dall'adozione della cosidetta ricerca della paternità; imperocchè il medesimo sentimento di giustizia esige manifestamente l'una e l'altra innovazione. Or questo riflesso conduce a spiegare il perchè nel diritto civile italiano e francese non si discuta degli effetti giuridici di altra seduzione, fuorchè di quella mediante promessa di matrimonio. Codesta seduzione è affatto diversa dalle altre; mentre in queste non si può propriamente parlare di libera volontà, in quella si; la sedotta con promessa di matrimonio è donna reputata dalla legge pienamente responsabile dei proprî fatti, e semplicemente ingannata, mentre la sedotta colle altre arti maschili suddette, è donna inesperta, veramente fuorviata o accecata dall'uomo. E mentre in questi casi il seduttore è responsabile di un fatto tutto suo, di fronte al quale la donna fu moralmente passiva, in quello invece l'uomo è responsabile soltanto dell'inosservanza di un accordo interceduto fra lui e la donna. Or degli effetti giuridici di codesta mancata fede contrattuale si può ragionare a termini del diritto civile comune, mentre della seduzione negli altri modi suddetti l'uomo non potrebb'essere tenuto a rispondere giuridicamente se non a termini di una legge penale, che colpisse l'abuso della maschile superiorità su donne minorenni, incapaci a resistere, la qual legge penale non c'è. Tutto ciò s'intende, considerando la seduzioue per sè medesima, cioè dal punto di vista degli immediati rapporti fra l'uomo e la donna, perchè quanto agli effetti indiretti di essa, alla gravidanza e procreazione in particolare, non vi ha differenza fra l'una seduzione e l'altra, e ad entrambe egualmente provvederebbe la legge che abolisse il divieto della ricerca della paternità. Ma appunto io non ragiono per ora, come ho già detto, che della seduzione considerata dal primo punto di vista. Ed anche osservo, in virtù

Digitized by Google

delle anzidette cose, che della seduzione mediante promessa di matrimonio, siccome distinta dalle altre seduzioni, che sono vere soggiogazioni psicologiche della volontà della donna, non si può ragionare che supponendola dovuta unicamente alla promessa di matrimonio. Onde viene, fra le altre cose, che essa possa ammettersi anche rispetto a donne maggiorenni, come infatti la giurisprudenza ammise (V. Corte d'appello di Bologna, citata sent. 19 decembre 1885), ed eziandio rispetto a donne d'anteriore condotta non irriprovevole (V. Corte di Colmar, citata sent. 31 decembre 1863).

Ho così risposto alla domanda che mi ero fatta poco sopra, ed anche ho posta in chiaro l'indole di fatto e di diritto della seduzione mediante promessa di matrimonio.

Di questa seduzione, considerata soltanto nei rapporti immediati fra seduttore e sedotta, non ha trattato, ch'io sappia, che Fadda in un suo pregevolissimo scritto inserito nella *Legge* (1893, I, pag. 604 e seg.), dove egli nettamente distingue e separa la questione della seduzione, per sè medesima considerata, e quella della seduzione causa di gravidanza, e ciò che rispetto alla prima egli opina, tien fermo « quando di gravidanza non si faccia quistione ». Tutti gli altri scrittori considerano la seduzione mediante promessa di matrimonio, come causa di gravidanza e di procreazione conseguitane, e questa considerazione, se non cambia sostanzialmente l'aspetto della questione, influisce però efficacemente sulla soluzione di essa. Imperocchè in quella ipotesi il danno materiale della sedotta è più manifesto, e quindi più facilmente lo studioso è tratto a tentare l'applicazione dell'art. 1151 codice civile italiano, identico all'art. 1382 *Code civil.* Se questa applicazione sia possibile o no, è appunto quistione, ma, per risolverla bene, occorre anzitutto porla bene, e a me pare che ciò non si possa fare se non concentrando, come dissi, il pensiero nel rapporto immediato fra il seduttore e la sedotta, cioè nel semplice fatto che questa ha ceduto alle voglie di quello in

Digitized by Google

seguito a una promessa di matrimonio, che poi non venne mantenuta, e che il più delle volte viene anche fatta col proposito di non mantenerla.

Opina FADDA che il seduttore mediante promessa di matrimonio sia responsabile verso la sedotta a termini dell'articolo 1151. Imperocché, egli dice: « il fatto che è causa immediata del danno per la donna, è la perdita della pudicizia, ma la causa mediata è il dolo dell'uomo. Talchè qui l'azione si fonda appunto sul dolo, come fatto che fu causa di danno. Negare che in tal caso la donna abbia diritto ad un risarcimento, è negare la esistenza del diritto sulla propria persona, perchè appunto questa, in definitiva, vien lesa. Se la donna può agire pei danni in quanto la congiunzione sessuale sia l'effetto della violenza o del timore, epperò sia punita con pena pubblica, non si sa scorgere perchè non avrebbe tal diritto quando il vizio della volontà non è nel *metus*, ma nel dolo. Sia pure che qui manchi la pena pubblica, ma la ragione del risarcimento ha la stessa base nell'uno e nell'altro caso, il difetto di una volontà libera ». Dello stesso avviso sono, e per ragioni sostanzialmente identiche, molti altri giureconsulti francesi e italiani, benchè, come ho detto, essi abbiano considerato la seduzione, mediante promessa di matrimonio, accompagnata da gravidanza o da parto. Così, tra i francesi: DEMOLOMBE *(Journ du Pal.*, 1852, II, 536, nota) LAURENT *(Princ.*, IV, p. 132 e seg., e XX, p. 416 seg.), AUBRY et RAU *(Cours* pag. 569), JACQUIERS *(Des preuves et de la rech. de la pater.*, Paris 1874), ACCOLLAS *(Traité sur les dr. de l'enfant,* Paris, 1870), il procuratore generale ANCELOT (ap. MILLET.,, *op. cit.*, pag. 95); tra gli italiani F. BIANCHI *(Corso el. di dir. civ.*, vol. III, n. 133), VITI *(La proib. delle indagini sulla paternità*, append. al tit, VII, di LAURENT, trad. Gianzana, vol. IV, p. 101 segg.), CHIRONI *(La colpa*, vol. II, p. 396-97), GIRIODI nella *(Legge* 1888, I, 145), MATTEI *(Comm. al cod. civ. it.*, I, p. 126), PACIFICI-MAZZONI *(Ist. di dir. civ., 2ª* ediz., vol. IV,

Digitized by Google

n. 66), GIACOBONE *(op. cit. passim)*, CAUTELA (nella *Giurispr. it.*, 1893, I, 2, p. 348 e seg.).

Sarà temerità la mia, ma ad onta di tanti e così autorevoli suffragî, a me pare che la suesposta tesi contraddica a sicuri principî del diritto.

Imperocchè io dico: il danno contemplato nell'art. 1151 è danno extracontrattuale, ma la seduzione mediante promessa di matrimonio non è un fatto extracontrattuale; è invece un patto violato, conchiuso coll'intenzione di violarlo; e dunque il danno, che da questo violato patto proviene, non è già danno a cui l'art. 1151 si possa applicare, ma bensì danno contrattuale da farsi valere, se altro non osti, coll'azione *ex contractu* e a sensi dell'art. 1265. Questo ragionamento parmi ben fondato, cioè vera mi sembra la sua premessa.

Chi dolosamente dà ad intendere ad una donna che la sposerà, e la induce intanto alle sue voglie, agisce ben diversamente da chi simuli un matrimonio allo stesso scopo. Codesta simulazione è certamente un fatto extracontrattuale, ed anche un fatto delittuoso, e la donna, che in conseguenza perde il suo onore, lo perde per necessità, dolosamente creata dall'uomo, non certamente per volontà sua, perchè, dato il matrimonio, la donna è obbligata a congiungersi all'uomo. Ma quando il matrimonio non è stato dolosamente simulato, ma soltanto dolosamente promesso, non un semplice inganno si ha, di cui la donna è necessariamente e inconsapevolmente vittima, ma un concorso della consapevolezza e della volontà della donna con quella dell'uomo a porre in essere il sacrificio del pudore di quella. Nel primo caso la donna è vittima di un inganno, nel secondo è vittima di una imprudenza che essa medesima ha commesso, o a meglio dire, di un imprudente, oltre che immorale, patto o contratto, che essa ha fatto con l'uomo. I due casi, le due figure, sono certamente del tutto diverse, così in diritto come in fatto; ora, se nel primo caso si può invocare

Digitized by Google

l'art. 1151 intorno al danno extracontrattuale, nel secondo ciò non è possibile, e si deve invece tentare l'applicazione dei canoni relativi al danno contrattuale. Non vale il dire che in entrambi i casi vi ha dolo, e che questo è causa della rovina della donna. Imperocchè quantunque in entrambi i casi il dolo sia causa del danno della donna, nel primo però l'inganno della donna cade sullo stesso carattere giuridico della sua unione coll'uomo, nel secondo no. Onde nel primo caso la donna non crede affatto di perdere il suo pudore, e nel secondo sì.

L'error capitale, in cui versano, a parer mio, coloro che al caso in questione vogliono applicato l'art. 1151, concerne il concetto stesso della nullità di un contratto per causa di dolo. Che il dolo annulli il contratto in diritto civile italiano (articolo 1104, 1168), è certa cosa; mentre ciò non è sicuro in diritto romano; che un contratto nullo non partorisca azione, e che quindi del danno dato con esso possa chiedersi risarcimento in virtù dell'art. 1151, non dell'art. 1225 cod. civ., può ammettersi; ma il dolo che vizia il contratto deve essere stato consumato all'atto stesso del contratto, o prima di questo. È il dolo una macchinazione posta in essere e compiuta per sè stessa, onde poi dar causa al consenso di un'altra persona che lo ignora. Un dolo *causam dans* a un contratto, che può apparir tale soltanto dopo che il contratto è stato conchiuso, nel periodo cioè di esecuzione del contratto, anzi che in quello della sua formazione, un dolo *mente repositum* è inconcepibile, e, oso dire, nonsenso. Imperocchè esso è intenzione d'ingannare, anzi che consumato inganno, e all'atto del contratto non esclude il pieno e consapevole consenso dell'altra parte, la quale sta aspettando che si verifichi più tardi il fatto o l'omissione promessale, e sa anche di correre nel frattempo il rischio che la promessa non venga mantenuta. Ove ciò appunto accada, la parte, che ne risente danno, può ben dirsi ingannata, ma non può dire che all'atto del contratto l'altra parte le abbia dato ad intendere cosa non vera, solo perchè

Digitized by Google

falsamente le manifestò una intenzione che veramente non aveva, e che la prima sapeva benissimo di non potere in quel momento constatare, e, pur sapendola tale, accettò nondimeno come motivo sufficiente del proprio consenso.

Tale è appunto il caso della donna che, fidandosi in una promessa di futuro matrimonio, accetta di unirsi all'uomo che gliela fa. Ragionare di contratto viziato per dolo, e in pari tempo ammettere piena consapevolezza in entrambi i contraenti di tutti gli estremi di fatto, determinanti il consenso, estremi, s' intende, di fatto esteriore e sensibile, solo apprezzabile in diritto, mi pare contraddizione nei termini.

Mi ingannerò, ma a me pare che l'anzidetto sia un obbietto insuperabile alla tesi di Fadda e di tanti altri, benchè essi non vi abbiano posto mente. A me pare evidente che nella seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio sia insito un vero e proprio patto dell'uomo e della donna, di unirsi sessualmente fuori di matrimonio, alla condizioue che questo si faccia dopo; patto che la donna ha eseguito dal canto suo, che l'uomo invece si rifiuta di eseguire per ciò che riguarda la condizione del matrimonio, che anzi egli aveva già in animo di non eseguire quando dolosamente e iniquamente pose o accettò questa condizione. L'azione quindi di danno che la sedotta voglia accampare contro il seduttore non può essere che azione contrattuale, basata sull'art. 1225 cod. civ., e non già sull'articolo 1151.

Purtroppo però questa azione non è possibile, e questo è l'inconsapevole motivo per il quale tanti giureconsulti, mossi da naturale e legittimo impulso di pietà, rivolsero il loro pensiero all'art. 1151, perdendo di vista, a mio credere, la vera indole giuridica della fattispecie in questione.

Il patto interceduto fra la donna e l'uomo, di unirsi sessualmente, fuori di matrimonio, a condizione che questo si faccia dopo, è indubbiamente un patto immorale, dal quale non può venire azione di sorta, e quindi neppure di danno

Digitized by Google

contrattuale in virtù dell'art. 1151 del codice civile. L'essere degna di compassione la donna che si è arresa a un simile patto, e che a nessun altro arresa si sarebbe: che sulla fede di un ingannatore insospettato si è permessa un fatto disonesto, pensando che questo sarebbe stato in certa guisa sanato, oltre che dimenticato, assorbendosi e disparendo ben presto nella legittima consuetudine matrimoniale: l'orrore che ispira il ladro crudele di ciò che per la donna vi ha di più prezioso e di più sacro, — tutto ciò non impedisce che agli occhi del giurista, e a' termini della legge, quello sciagurato consenso non sia un patto, immorale bensì, giuridicamente nullo e senza effetto nessuno.

Non osterebbe del resto all'azione di danno contrattuale, se il patto in quistione per l'indole dell'oggetto suo non la escludesse, la dottrina da me propugnata qui sopra (p. 225) intorno, ai cosidetti *danni morali*. Imperocchè io ho anche osservato che taluni danni, detti *morali*, sono veri danni patrimoniali, consecutivi a illecite diminuzioni del patrimonio morale altrui, e fra questi ho appunto annoverato le conseguenze delle offese all'onore di una donna onesta. Una donna, di qualunque età, vergine o no, privata del suo onore, sia colla violenza, sia col dolo, trovasi pregiudicata per tutta la sua vita dalla notizia di un simile fatto. Un matrimonio conveniente, cui ella avrebbe potuto altrimenti aspirare, gli è diventato impossibile, e ciò può significare non soltanto privazione delle gioie della famiglia, ma altresì difficoltà materiali di esistenza per tutta la sua vita. E questo non è certamente danno morale, ma materiale, suscettibile di apprezzamento pecuniario, e che può e deve essere risarcito, semprechè non sia l'effetto di un patto immorale non adempiuto.

E neppure ciò che ho detto per escludere l'azione giudiziale in questione, mi impedirebbe di ammettere che valida fosse, e da azione giudiziale assistita, l'obbligazione che il seduttore, mediante promessa di matrimonio, assumesse sponta

Digitized by Google

neamente e posteriormente verso la sedotta, di prestarle una somma fissa od annua a titolo di risarcimento. Una analoga obbligazione assunta dal padre naturale verso il figlio non riconosciuto fu dichiarata valida, e, io credo, a buon diritto, dalla Cassazione di Parigi in una sentenza 27 maggio 1862 (Dalloz, *Rec.*, 1862, I, 208), e dalla Corte di Caen in una sentenza 5 luglio 1875 (Sirey, 1875, 2, 231); ed anche l'illustre Giorgi, *(Obblig.*, vol. III, n. 379) è di questo avviso, purchè l'obbligazione sia formale, e contenga l'enunciazione della causa sua. Imperocchè dolo c'è stato in realtà dalla parte dell'uomo; or se questo dolo, per avere dato occasione ad un contratto immorale, cioè ad un consenso immorale della donna, non può farsi valere coll'azione del contratto, non cessa però di generare un obbligo di coscienza, e, a mio credere, gli obblighi di coscienza sono le sole obbligazioni naturali possibili nel diritto odierno, cui possa applicarsi l'art. 1237 del codice civile.

È per me dunque negativa la soluzione da farsi alla prima delle tre quistioni enumerate sopra,

Ma questa quistione, distinta dalle altre due e specialmente dalla seconda, si scorge di leggieri aver poca, anzi quasi nessuna importanza pratica. Imperocchè, ove la seduzione, mediante promessa di matrimonio, non sia stata seguita da gravidanza, non è quasi mai supponibile che venga fatta valere dalla donna; ciò che essa crederebbe di poter conseguire coll'adire i tribunali, sarebbe manifestamente, quasi sempre, vantaggio incomparabilmente minore del danno che ne risentirebbe nella sua riputazione, e quindi in tutta la sua esistenza morale e materiale. È quella una quistione meramente accademica, benchè ragion voglia, e il Fadda ha il merito di averlo avvertito, che la si consideri a parte, e per prima, quando si discute del diritto di risarcimento della donna resa madre in seguito a dolosa promessa di matrimonio.

Digitized by Google

Vengo ora a codesta questione, seconda fra le tre distinte sopra.

Il danno che si vorrebbe risarcito alla donna, resa madre in seguito a dolosa promessa di matrimonio, è il danno della gravidanza stessa, cioè sono le spese occasionate dal parto e dal puerperio, e il mantenimento della madre e della prole. Fa maraviglia però che i fautori del risarcimento di questo danno non lo estendano anche ai danni morali, sia nel proprio senso additato sopra, sia nel più lato e improprio senso comunemente accettato. Secondo i molti giudicati, e i molti scrittori accennati sopra, tutta la questione del risarcimento del danno suddetto si risolve nella conciliazione della soluzione affermativa col divieto della ricerca della paternità.

Prima di procedere oltre io debbo, coerentemente alle mie considerazioni precedenti, avvertire una grave lacuna di ragionamento, di cui non si sono avveduti tutti quei giureconsulti.

Essi discutono se di gravidanza della donna sedotta mediante promessa di matrimonio si possa ragionare senza impingere nell'art. 189 cod. civ., senza domandarsi, *in primis et ante omnia*, se il consenso all'unione sessuale, dolosamente carpito alla donna dal bugiardo promettitore di matrimonio, sia tal fatto, da cui, attesa l'indole sua, possa scaturire azione giudiziale, e quale. Essi non riflettono che, quantunque, nella pratica, azione in base a seduzione sia appena escogitabile se gravidanza non sia conseguitata, questa però non è che una conseguenza di quella, e deve quindi la seduzione potersi considerare per sè medesima e per sè sola, nei rapporti immediati fra l' uomo e la donna, affinchè il discorso mentale proceda con forma e rigore scientifico; non essendo manifestamente ammissibile risarcimento di seduzione causa di gravidanza, ove non sia ammissibile risarcimento della seduzione per sè medesima e per sè sola. Che se quei giure-

Digitized by Google

consulti avessero tenuto quest'ordine di ragionamento, avrebbero fors'anco avvertito ciò che io ho posto in chiaro qui sopra, cioè che la loro tesi speciale trovava un ostacolo insuperabile nella inammissibilità della tesi più generale, a cui quella può e deve essere ricondotta. Più di una volta in realtà si affacciò ai sostenitori della tesi del risarcimento in base all'art. 1151, il carattere contrattuale del rapporto interceduto fra il seduttore e la sedotta, ma senza che assegnassero alla relativa indagine il posto che le spetta nella quistione, onde leggermente se ne sbarazzarono, affermando gratuitamente ed erroneamente che la seduzione mediante promessa di matrimonio « toglie la libertà del consenso » (Corte di Genova, cit. sent. 31 marzo 1875), e che « il consenso è *viziato* da artificiali lusinghe e da promessa di certo matrimonio », (Trib. civ. di Roma 23 dicembre 1887, ap. GIACOBONE, p. 182), scambiando il difetto di consenso (art. 1108) colla invalidità di questo (art. 1119)

Prescindendo ora dall'anzidetto obbietto gravissimo, e, dirò così, pregiudiziale, contro la opinione dominante che all'azione dei danni, promossa dalla donna sedotta e resa madre mediante falsa promessa di matrimonio, non faccia ostacolo il divieto della ricerca della paternità, comincierò dal ricordare i precisi termini del ragionamento che a tal uopo suolsi fare.

Riprodurrò le parole di DEMOLOMBE e di MARCADÉ, che furono poi, in Francia e in Italia, ripetute da molti altri, o tradotte in parole equipollenti.

Dice il DEMOLOMBE nel luogo mentovato sopra, e avvertito dal GIACOBONE (*op. cit.* p. 123):

« Altra cosa è la ricerca della paternità, promossa dal figlio, o in nome di questo, onde far constatare la sua filiazione e conseguirne gli effetti contro colui che egli pretende essere suo padre, e altra cosa l'azione promossa dalla donna per la riparazione del danno cagionatole da un uomo sulla fede di una promessa di matrimonio, che poscia egli ha presa

Digitized by Google

a gabbo. Tutti gli elementi di fatto possono allora prendersi in considerazione, e quindi provarsi, senza eccettuare il punto di sapere se colui, che oppone alla donna la sua gravidanza per abbandonarla, non ne sia autore egli stesso ».

E il MARCADÉ (*Revue de jurispr.*, III, p. 203): « la precauzione da prendersi (nel giudizio di risarcimento in quistione) sarà di lasciar passare i fatti, senza dar loro la propria loro qualifica, di ammettere la cosa, eliminando la parola; piena latitudine per le cose, che i giudici esamineranno e apprezzeranno in tutte le loro circostanze, per attribuire coscienziosamente alla vittima tutta la riparazione che le sia dovuta a' termini dell'art. 1382; massima riservatezza nei termini, in guisa da non scrivere negli atti della procedura, e, principalmente nelle sentenze, nulla che racchiuda attribuzione di paternità, divietandolo l'art. 340. Si parlerà della seduzione della donna per opera dell'uomo, dei rapporti intimi che furono tra essi, della perdita di considerazione che l'uomo ha cagionato alla donna, dell'avvenire di cui l'ha privata, dei danni che le ha recati; ma si avrà cura di non precisare in nessun luogo che egli fu l'autore della maternità, che per opera sua ella è incinta, che egli fu l'autore della gravidanza, attesochè codeste *precisioni* non sono altro che affermazioni di paternità ».

Come ho detto, tutti gli altri scrittori francesi e italiani citati sopra, e favorevoli alla tesi del risarcimento extracontrattuale della donna sedotta e resa madre mediante dolosa promessa di matrimonio, ragionano in sostanza come il DEMOLOMBE e il MARCADÉ

Lo stesso dicasi dei giudicati francesi e italiani, pure accennati sopra, e favorevoli a quella medesima tesi. Fra le decisioni italiane afferma p. es., quella della Corte di Genova 30 aprile 1889 che: « la risposta affermativa alla interpellanza se il rispondente conobbe la interrogante e la rese madre, non può identificarsi col vero e proprio riconoscimento di figlio

Digitized by Google

naturale »; e quella della Corte di Brescia 4 maggio 1886, che: « l'art. 189 osta soltanto ad una vera e propria declaratoria di paternità », e tutte le altre sentenze, che vennero alla medesima conchiusione delle precedenti, si fondano sulla medesima distinzione.

Nuovamente io debbo dichiararmi contro l'opinione della maggioranza dei giureconsulti che trattarono della seconda quistione in discorso. Ma non sono solo questa volta ad avere siffatto coraggio; lo ebbero in Italia prima di me il compianto Gianzana (trad. del Laurent, Append. III al libro IV, p. 241-49, Milano 1880), il Manaresi (*Foro it.*, 1886, p. 34), il Cattaneo e Borda (*Cod. civ. comm.*, 1887, vol. I, p. 173, vol. II, p. 859), il Fadda nel citato suo scritto, e lo ebbero in Francia parecchi, dei quali dirò più sotto. « Se la legge, dice p. es. il Fadda (p. 609), vieta la ricerca della paternità, senza distinzioni o limitazioni; se le ragioni per cui la si esclude, sussistono non meno nei rapporti colla madre, che nei rapporti colla prole, come possiamo ammetterla, sia pure al solo scopo di attribuire danni alla madre? E pare conforme all'equità, e rispondente allo spirito della nostra legge, escludere le indagini nei rapporti col figlio, incolpevole, e degno perciò di ogni riguardo, ed ammetterla per contro nei rapporti colla madre, che, per quanto sedotta, per quanto ingannata, non è scevra di colpa? ».

Io sono dello stesso avviso. Per me pure la comune distinzione fra dichiarazione di causata gravidanza e dichiarazione di paternità, fra dichiarazione di paternità naturale *ex professo*, e dichiarazione incidente in un giudizio di danni, e semplice mezzo a questo giudizio, è assunto inammissibile, non ha valore alcuno di fronte al categorico disposto dell'art. 189 cod. civ. Come l'oggetto del giudizio non è la seduzione, pura e semplice, mediante dolosa promessa di matrimonio, ma il danno della seduzione medesima, consistente nell'illegittima gravidanza, è la seduzione cioè, in quanto e solo in quanto è causa di gravidanza, parmi chiaro che la relativa azione è un'azione di paternità natu-

Digitized by Google

rale, sotto forma di causata gravidanza, e col nome d'azione di danni dati colla seduzione, nè più, nè meno. E se è tale azione, le osta indubbiamente l'art. 189. Lo dissi già nel 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 629, in nota), e lo ripeto oggi, con ancora maggior convinzione. Come può infatti il giudice persuadersi della causata gravidanza, ove il convenuto neghi di esserne causa, se non con opportuni mezzi di prova; e qual prova è questa, se non della paternità illegittima? E in qual legge troverà il giudice additati i mezzi di una prova che la legge assolutamente divieta? Che se il convenuto, interrogato dal giudice, ammette di essere stato causa della gravidanza, ammette la paternità sua, vi ha qui, a mio credere, un vero riconoscimento di prole naturale, ai sensi dell'art. 181, benchè qualche tribunale lo abbia negato. Riconoscimento cioè, dal quale non può soltanto provenire una azione di alimenti in base all'art. 193, come se il riconoscimento fosse stato fatto in via privata e stragiudiziale. Ma che ad interrogatorio si possa sottoporre il seduttore convenuto, io nego, appunto perchè è questa una indagine di paternità, che può mettere capo ad un formale riconoscimento. Che se il seduttore avesse stragiudizialmente e in forma privata ammesso di essere stato causa della gravidanza, l'asserita azione di danni potrebbesi ancora promuovere? I giureconsulti, che io combatto, devono certamente rispondere di sì, ma in tale caso l'asserita azione di danni sarebbe ancor più manifestamente un'azione di paternità, cioè di prova di questa, poichè non d'altro si tratterebbe se non di far valere quella privata dichiarazione, cioè di dimostrarne e confortarne la serietà e l'attendibilità. D'altronde io non so perchè si soglia discorrere soltanto di causata gravidanza illegittima; forse che l'azione in discorso non potrebbe essere promossa anche dopo il parto della sedotta? Ma anche in questo caso ella sarebbe manifestamente ricerca di paternità, perchè sarebbe azione di causata asci[illegible] illegit-

Digitized by Google

tima, la quale non è appunto altra cosa che una illegittima paternità.

Onde vincere codesti gravissimi obbietti i giureconsulti che io combatto ricorrono a dei sofismi. O essi argomentano la natura dell'azione dallo scopo a cui questa serve, oppure fanno ancora peggio: credono cioè che la natura giuridica vera e propria dell'azione possa sparire in virtù soltanto di una *restrizione mentale.* Le distinzioni da essi adoperate si risolvono nell'uno o nell'altro degli anzidetti sofismi; il primo dei quali contraddistingue, dirò così la scuola del Demolombe, e il secondo distingue, dirò così, la scuola del Marcadè.

Si dice: altra cosa è la ricerca della paternità promossa dal figlio, o in nome di questo, onde far constare la sua filiazione e ottenerne gli effetti contro l'uomo che egli pretende essere suo padre, altra cosa l'azione di risarcimento promossa dalla donna per la riparazione del danno cagionatole da un uomo sulla fede di una dolosa promessa di matrimonio. Ma come la seconda azione ha per primo e immediato suo oggetto la dichiarazione che l'uomo convenuto fu causa della gravidanza, essa non è sostanzialmente diversa dalla prima; soltanto lo scopo non è lo stesso nelle due azioni, ma lo scopo, o il motivo, non decide maggiormente dell'indole giuridica di una azione giudiziale, che di un atto o rapporto giuridico qualunque. Del resto non è neppur vero che lo scopo delle due azioni sia del tutto diverso. La madre che vuole sia dichiarato un tale padre della sua prole, agisce, voglia o non voglia, sappia o non sappia, anche nell'interesse del figlio, e di fatto, se non apertamente, in nome di questo, appunto perchè il fatto che essa vuol dimostrare è uno solo, e soltanto presenta, per dir così, due diverse faccie, e anche i due interessi si confondono in uno. Che in base ad una sentenza che dichiara il diritto a risarcimento della donna resa gravida per via di dolosa promessa di matrimonio non possa la prole domandare e ottenere che la sua filiazione risulti anche dai registri dello stato ci-

Digitized by Google

vile, io non credo facile sostenere, e appunto perciò reputo impossibile quella sentenza e l'azione che verrebbe a provocarla. Soltanto differisce lo scopo delle due azioni suddette in questo, che l'azione della madre, oltre alle spese di mantenimento del figliuolo, tende a conseguire anche quelle della gravidanza, del parto e del puerperio; ma codesta aggiunta non può far perdere di vista l'oggetto immediato e principale dell'azione.

Si dice: ci vogliono precauzioni, far passare la cosa senza chiamarla col suo nome; si parlerà di seduzione, di perduta considerazione, di avvenire sciupato, di danni procacciati, ma senza dir mai che il seduttore cagionò la gravidanza. A che serve tutto questo discorso, se non a render chiaro che i sostenitori della tesi che io combatto hanno bisogno di rappresentarla a sè medesimi ed agli altri quale essa non è veramente? Per me il passo riportato sopra del MARCADÈ, mentre è rappresentazione sincera, e anche troppo sincera, del procedimento seguito da lui e da tanti altri nel propugnare la tesi in quistione, è la condanna più manifesta e più autorevole che se ne possa fare. Se in realtà è l'autore della gravidanza che si ricerca, è la responsabilità della gravidanza il fondamento dell'azione e della pronunzia di risarcimento, e di tutto ciò si conviene, a che serve dissimularlo? È forse la dissimulazione un argomento, un elemento di dimostrazione? Una *restrizione mentale* può forse valere una distinzione intellettuale, scientifica? Se, come confessa il MARCADÈ, la *precisione* del discorso dei sostenitori della tesi in quistione è una *affermazione* di paternità, devesi certamente quella tesi ripudiare in nome della scienza, la quale, se non è chiara e precisa, non è.

Anche in Francia, come ho già notato, non mancano giureconsulti che ripudiano la tesi di DEMOLOMBE, MARCADÈ, LAURENT e altri molti, la tesi prevalente anche in quella giurisprudenza; la ripudiano cioè in nome dell'art. 340 del *code civil*, rispondente al nostro art. 189.

Digitized by Google

Coulet et Vannois (*Étude sur la recherche de la paternité*, Paris 1880, p. 109), benchè fautori della ricerca della paternità, osservano che, dato l'art. 340, l'azione della sedotta e resa madre mediante dolosa promessa di matrimonio, contro il seduttore, è inammissibile. « Il giudice, essi dicono, comincia con constatare la filiazione della prole, e dice poi che ciò che ha fatto non viola l'art. 340! Ma sì, è un violare lo art. 340, imperocchè questo articolo si oppone non solo alla ricerca della paternità, ma altresì alla costruzione di una qualunque prova autentica, allorchè il padre non ha volontariamente riconosciuto il figlio ».

Altrettanto esplicito è il Bertauld, Procuratore generale presso la Cassazione di Parigi. Egli non esita a chiamare « contraria ai testi delle nostre leggi » la giurisprudenza prevalsa in Francia circa il risarcimento delle donne sedotte e rese madri mediante dolosa promessa di matrimonio. (*ib.*, p. 87).

Appena merita considerazione l'argomento addotto da qualche tribunale, come p. es. dalla Cassazione di Torino nella citata sentenza 11 ottobre 1887, contro il carattere assoluto del divieto della ricerca della paternità, che anche l'art. 190, dopo avere dichiarato in generale « ammesse le indagini sulla maternità », soggiunge che « il figlio, il quale reclama la madre, ecc. », e con ciò restringe al figlio tali indagini. A quest'ultima affermazione risponde bene il Fadda (l, c., p. 609) essere del tutto gratuito che le indagini della maternità non possano essere fatte, e la prova, contemplata dall' art. 190, non possa essere esibita che dal figlio.

Nè, per converso, può menomamente giovare alla tesi che io propugno l'art. 54 cod. civ., pur da taluni a quest'uopo invocato. Imperocchè questo articolo ha di mira la promessa di matrimonio, per sè medesima e per sè sola considerata, e non può riferirsi alla promessa dolosa, a scopo di seduzione. Chi propugna la tesi del risarcimento del danno dato me-

Digitized by Google

diante promessa dolosa di matrimonio, argomenta dal dolo e non dalla promessa, argomenta cioè dall'uso fatto della promessa allo scopo di ingannare la donna e sedurla.

Piuttosto io osserverei che la tesi da me combattuta era più facilmente sostenibile, almeno in quanto essa invoca l'articolo 1151, e almeno limitatamente alle donne inferiori ai diciotto anni, vigendo il codice penale sardo-lombardo, che non lo sia vigendo il codice penale attuale. Imperocchè, come ho già avvertito sopra, il primo codice all'art. 500 reputava reato la seduzione della minorenne non diciottenne, e quindi impediva di riscontrare nella seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio, un contratto. La quale disposizione non venne riprodotta nel codice penale del 1889. Di fronte a questo codice egli è impossibile ravvisare in quella seduzione altra cosa che un contratto, e quindi tentare di applicarvi l'art. 1151 (1). Epperò male si adducono contro la tesi mia, cioè contro la prima parte di essa, concernente l'applicabilità dell'art. 1151, giudicati emanati prima dell'attuazione del nuovo codice penale, fra i quali giudicati sono i due tanto spesso citati della Cassazione di Torino 28 marzo 1881 e 11 ottobre 1887.

Vengo ora alla terza delle quistioni enumerate sopra.

A questa quistione è stata data più di una volta soluzione affermativa. La propugna p. es. il Cautela nella *Giurispr. it.*, (1893, I, 2, 359), e anche l'accolse la Corte di Genova nella citata sentenza 30 aprile 1889.

---

(1) Soltanto per una minorenne inferiore ai sedici anni la seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio può reputarsi reato, *stupro mediante seduzione,* di fronte all'art. 335 del vigente codice penale italiano. E' questa l'opinione del valente criminalista prof. G. Napodano, da me interpellato. Ed egli adduce a conferma di questa opinione una sentenza della Cassazione romana 16 gennaio 1890 (*Riv. pen.*, XXXI, 606).

Digitized by Google

A mio avviso, essa è riprova sicura della fallacia della dottrina dominante intorno alla seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio. Gli alimenti non si possono assegnare al figlio naturale non riconosciuto, se non in uno dei casi contemplati dall'art. 193. Ciò posto, sia che in seguito a condanna per seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio adducasi la risposta affermativa del seduttore all'interrogatorio, sia che adducasi la stessa sentenza che dichiara la seduzione causa di gravidanza, onde poter invocare l'alinea 3°, oppure l'alinea 1°, dell'art. 193, sempre si viene a riconoscere implicitamente che le prove addotte nel processo e la sentenza condannatoria contengono dimostrazione, dichiarazione del fatto dell'illegittima paternità. Che i giureconsulti, che io censuro, si compiacciano di scorgere un semplice *risultare* la paternità illegittima, a termini dell'art. 193, mentre di aperta e diretta affermazione di essa piuttosto è a parlare, è una concessione codesta che essi fanno a sè medesimi soltanto, ma non muta per nulla la realtà della cosa. Più prudenti essi sarebbero stati risolvendo la quistione in modo negativo, ma anche meno logici; la logica voleva pur troppo la conseguenza, data la premessa, e voleva anzitutto che la premessa venisse intesa in modo che la conseguenza ne provenisse , cioè l'applicabilità al caso dell'art. 193; ma questa conseguenza, lo ripeto, non fa che rendere più manifesta l'inammissibilità della premessa.

Conchiudo col dirmi pienamente convinto delle erroneità della dottrina dominante in Italia e in Francia circa gli effetti giuridici della seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio. Ma non è questo il solo giudizio che io creda doversi portare intorno alla medesima.

Non parmi cioè da deplorarsi dal punto di vista pratico quella dominante dottrina, come lo è dal rigoroso punto di vista giurisprudenziale. I tribunali hanno voluto e vogliono, in sostanza, far forza alla legge in nome, anzichè di una manife-

Digitized by Google

sta equità, dell'imperiosa giustizia. Lo riconobbe anche l'Ancelot, Procuratore generale a Lione (Millet, *op. cit.*, p. 99), favorevole egli pure a quella dottrina: *la magistrature n'est pas seulement une haute policière, gardienne de la paix publique, régulatrice du mien et du tien. Il est vrai de dire qu'elle a charge d'âmes; à elle de sanctionner les principes moraux dans ses décisions civiles.* Veramente non credo che per questo nobile scopo i tribunali possano disconoscere e disapplicare la legge scritta; ma quando si vedono così operare, onde far quella giustizia dei seduttori di donne oneste, che la legge pur troppo non consente, bisogna ben inferirne essere ormai tempo che l'immorale divieto della ricerca della paternità venga cancellato dalla legislazione italiana, e da quelle di tutte le civili e cristiane nazioni.

Digitized by Google

Del risarcimento del conduttore nella espropriazione per causa di pubblica utilità.

É assodato nella nostra giurisprudenza che il conduttore di uno stabile espropriato per utilità pubblica possa pretendere dallo espropriato risarcimento del danno patito per la rottura del suo contratto. Vedasi infatti: Cassazione di Torino, 28 febbraio 1889 *(Mon. Trib.*, 1889, 396); 23 luglio 1882 *(Giur. Ital..* 1882, 1, 731); 19 giugno 1882 *(La Cass. di Torino*, 1882, II, 149); 5 gennaio 1881 *(Giurispr.*, 1881, 409); Cassazione di Napoli, 9 luglio 1888 *(Gazz. Procur.*, XXII, 487); Corte d'appello di Napoli, 16 dicembre 1887 *(La Legge,* 1888, II, 528); Corte d'appello di Torino, 22 gennaio 1886 *(Giurisp. Ital.*, 1886, II, 242); Corte d'appello di Milano, 28 gennaio 1888 (*Ib.*, 1888, II, 170); Corte d'appello di Roma, 14 luglio 1886 *(La Legge*, 1886, I, 738); Corte d'appello di Brescia, 6 ottobre 1876 *(Foro Ital.*, 1877, I, 106), Corte d'appello di Firenze 4 maggio 1868 *(Ann. di Giur.*, 1868, II, 197); 18 giugno 1872 *(Ib.*, 1872, II, 394); Corte d'appello di Bologna 25 marzo 1892 *(Giur. Ital.*, 1892, I, 2, 478). Ed anche i motivi, addotti in tutte queste sentenze, sono sostanzialmente gli stessi.

Non sono invece concordi le opinioni dei nostri giureconsulti circa il diritto del conduttore di essere risarcito dallo espropriante. Ammisero infatti l'azione di risarcimento del conduttore contro l'espropriante lo stabile locato: Cassazione di Torino, 24 agosto 1876 *(Giur. It,*, 1876, I, 802); Cassazione di Napoli, 19 gennaio 1885 *(Foro Ital.*, 1885, I, 291); Corte di Trani, 6 dicembre 1883 *(Ann. di Giur.*, 1884, 2, 198); Corte d'appello di Torino 9 maggio 1879 *(Giur Ital.,* 1879, II, 850); Corte d'ap-

Digitized by Google

pello di Napoli, 23 dicembre 1867 *(Ann. di Giur.*, 1868, 2, 579); Tribunale di Milano, 21 febbraio 1871 *(Mon. Trib.*, 1873, 406); Tribunale di Genova, 5 giugno 1866 *(Gazz. Trib. di Genova*, 1866, I, 657); la negarono invece: Cassazione di Torino 5 febbraio 1881 *(Giurisp.*, 1881, 309); 19 giugno 1882 *(La Cassazione di Torino*, 1882, II, 149); 28 febbraio 1889 *(Mon. Trib.*, 1889, 396); Corte di Milano, 25 gennaio 1888 *(Giur. Ital.*. 1888, II, 170); Corte di Brescia, 6 ottobre 1876 *(Foro It.*, 1877, 1, 106).

Ed anche gli scrittori nostri non sono concordi. In quel punto benchè maggiore sia il numero dei partigiani dell'opinione affermativa. Fra gli altri, sono di questo avviso Pacifici-Mazzoni *(Trattato delle locazioni*, p. 184), e Sabbatini *(Comm. alle leggi sulla espropriazione, p. pub. util.*, 2ª edizione, vol. 2°, pag. 171 e seg.), e del contrario avviso è il Ricci *(Tratt. di dir. civ.*, vol. VIII, p. 131). In Francia tale è pure l'avviso di Laurent *(Comm.*, vol. XXV, p. 405), e di tutti gli scrittori intorno alla espropriazione per pubblica utilità, come p. es. di Delalleau e Joussellin, di Sabatier, di Herson, di De Peyronny e Delamarre (v. Sabbatini, l. c. p. 177), e di Dalloz *(Rép. Expropr. pour util. publique*, p. 611). Nell'Italia stessa, vigendo le anteriori legislazioni, il diritto del conduttore di essere indennizzato dall' espropriante era stato ammesso da Accame, commentando la legge sarda 6 aprile 1839, il cui articolo 22 risponde appieno all' articolo 27 della legge italiana 25 giugno 1865 *(Della espropriazione per pubblica utilità*. Genova 1853, p. 98 e 38), e dal De Bosio, in un trattato generale *Della espropriazione e degli altri danni che si recano per causa di pubblica utilità* (Venezia 1857). Notisi poi che nella giurisprudenza dei tribunali sardi il diritto in discorso non è mai stato messo in dubbio. Veggasi, per esempio, sentenza della Corte di appello di Casale, 12 luglio 1856 *(Bettini* 1856).

Sembra, a prima giunta, intercedere una stretta colleganza fra il discorso del risarcimento del conduttore per parte

Digitized by Google

dello espropriante, e quello del risarcimento del conduttore per parte dello espropriato, e propriamente sembra tal cosa se si ha riguardo al modo in cui da taluni si ragiona intorno al primo di quei due risarcimenti. Il Sabbatini, p. es., afferma (l. c. p. 170 e 599) che il risarcimento del conduttore è un diritto scritto nell'art. 27 della legge 25 giugno 1865, dove si parla dei conduttori insieme agli usufruttuari e ai proprietari diretti, ma è un diritto che il conduttore non può far valere direttamente sul prezzo di espropriazione, perchè l'art. 52 non annovera i conduttori fra le persone cui attribuisce tale facoltà; onde è giuocoforza che il conduttore si rivolga direttamente allo espropriante. Ora, a me pare che, ragionando in questo modo intorno al risarcimento del conduttore per parte dello espropriante, non si possa logicamente escludere lo stesso risarcimento per parte dello espropriato. Se infatti si deve ritenere che l'art. 27 della legge 25 giugno 1865, facendo allusione ai conduttori, consideri in questi non soltanto il diritto che per avventura abbiano per titolo di frutti pendenti, o di migliorie fatte nel fondo, ma anche il semplice diritto di rimanere nello stabile locato, non può essere dubbio che non meno per questo secondo titolo che pel primo essi possono agire contro i proprietari espropriati, poichè l'articolo 27 dice che tutte le persone in esso accennate *sono fatte indenni dallo stesso proprietario.* Risponde Sabbatini che lo espropriato non ha obbligo di risarcire il conduttore pel semplice titolo dello sfratto, se non in quanto l'indennità del locatore per questo titolo sia stata compresa nel compenso da lui stipulato. Ma io replico: se lo espropriato aveva obbligo di comprendere anche il risarcimento in questione nella propria complessiva domanda di indennità, ciò basta perchè il conduttore possa poi agire per lo stesso titolo contro di lui; chè se per avventura ei non avesse stipulato anche per il conduttore, mancando al dover suo, non sarebbe questo un motivo perchè il conduttore perdesse in suo confronto quell'azione. O si vorrà

Digitized by Google

forse ritenere che l'art. 27, nel suddetto modo interpretato, dia una semplice facoltà, e non imponga un obbligo al proprietario a beneficio del conduttore? Sarebbe strana idea codesta, perchè davvero una facoltà a tutto vantaggio altrui non si capisce; è un inconcepibile giuridico. Non è dunque fondato, chi interpreta l'articolo 27 nel detto modo, a negare l'azione di risarcimento del conduttore contro l'espropriato; per lui, codesta azione deve rimanere per lo meno un punto di quistione.

Anch'io però sono d'accordo che il diritto del conduttore a risarcimento per titolo di sfratto in seguito ad espropriazione per pubblica utilità, non può essere fatto valere contro il locatore espropriato, ma soltanto contro l'espropriante. E ciò, sia per la ragione universalmente addotta, dalla Corte di Bologna, e da tante altre Corti, che l'espropriazione per pubblica utilità è un fatto di forza maggiore, una disparizione o distruzione della cosa, che in virtù dei generali principii del diritto (art. 1226, 1578 codice civile) proscioglie il locatore da ogni responsabilità verso il conduttore; sia perchè io non intendo affatto l'art. 27 della legge 25 giugno 1865 nel modo propugnato da Sabbatini. Per me l'art. 27 non contempla, nè può contemplare, i conduttori, se non in quanto costoro abbiamo anch'essi un *qualche diritto sugli stabili*, come dice in generale l'articolo medesimo. Altrimenti bisognerebbe attribuire al legislatore una soverchia improprietà di linguaggio, facendogli rappresentare il diritto del conduttore come un *jus in re*. Solo eventualmente il conduttore può avere un diritto sullo stabile, in quanto cioè egli abbia lasciato frutti pendenti, oppure abbia migliorato il fondo; imperocchè i frutti pendenti sono in pari tempo accessori del suolo e proprietà del conduttore, e le migliorie, sebbene, ove non ci sia contrario patto, costituiscano un mero titolo di credito del conduttore, per essere però immedesimate col fondo, se non possono imprimere carattere di reale al diritto del conduttore, può tuttavia non senza fon-

Digitized by Google

damento ritenersi che il legislatore abbia voluto alquanto impropriamente comprenderle nella generica espressione *diritto sugli stabili*. All'infuori di questi due titoli di risarcimento, per frutti pendenti e per migliorie, non è possibile attribuirne altri al conduttore, a cui applicare l'art. 27. In particolare non può affatto riferirsi questo articolo al risarcimento del conduttore per semplice titolo di sfratto. E come potrebbe ciò essere, se, a detta del Sabbatini medesimo (ivi, p. 167), non potrebbe per quel titolo il conduttore fare opposizione all'indennità a termini dell'articolo 54? E ciò perchè, egli giustamente osserva, questa opposizione, o impugnativa dell'indennità, è limitata a coloro che hanno *diritti reali* sul fondo espropriato. Infatti l'art. 54 non può avere di mira altre persone che quelle contemplate all'articolo 52, in cui si parla di *azioni esperibili sui fondi soggetti ad espropriazione*, fra le quali azioni non vi ha certamente quella del conduttore ad essere risarcito per il semplice fatto della rottura del suo contratto. Ma l'articolo 52, osservo io, si collega alla volta sua coll'articolo 27; cioè, le persone a cui si riferisce il primo, non possono essere che quelle stesse a cui si riferisce il secondo; e dunque, non maggiormente l'articolo 27, che l'articolo 52, può riferirsi alla detta azione di risarcimento del conduttore di uno stabile espropriato; e se l'art. 27 annovera i *conduttori*, non può avere di mira in questi, come ho già osservato, altri diritti ed azioni di risarcimento fuorchè quelle per titolo di frutti pendenti o di migliorie del fondo, le quali azioni si possono in qualche modo, se non reputare *reali*, avvicinare però alquanto alle azioni *reali* propriamente dette.

Sono dunque affatto distinte le due questioni circa il diritto a risarcimento del conduttore dello stabile espropriato per causa di pubblica utilità in confronto del locatore espropriato, e in confronto dello espropriante. Ed io che pur nego

Digitized by Google

il primo diritto, sono invece dall'avviso di coloro che ammettono il secondo.

E per giustificare questa opinione reputo necessario anzitutto determinare l'oggetto del risarcimento in questione.

Per consenso di tutti gli scrittori francesi, e degli italiani sopra ricordati, specialmente del Sabbatini (l. c., p. 180 e seg.), il risarcimento in quistione ha per oggetto il danno materiale subito effettivamente dal conduttore, sia per ciò che egli è costretto a lasciare, senza arricchimento del locatore, lo stabile abbandonato, sia pel deperimento delle cose che egli asporta, e che non si possono adattare tali quali nei nuovi locali, sia, ove si tratti di commerciante o di esercente, per sospeso traffico durante l'improvviso trasloco, ed anche per scemata clientela, o cessata possibilità d'avviare il medesimo commercio in altro luogo. Parecchi scrittori francesi aggiungono altresì come titolo di risarcimento le spese del contratto rescisso, comprese quelle di registro.

Or che giustizia, e propriamente natural giustizia, voglia il risarcimento di tutti i danni anzidetti, parmi che non sia d'uopo dimostrare. Ed è l'espropriante, e non altri che questi, obbligato a prestarlo, perchè la espropriazione per pubblica utilità, se è forza maggiore per il locatore espropriato e per il conduttore, è invece fatto volontario per l'espropriante, sicchè vi si applica evidentemente l'art. 1151 del codice civile, che impone il risarcimento a chiunque col fatto proprio arreca danno ad altri. Ma questa esigenza della naturale giustizia può ella assumersi come vero obbligo civile a termini e in virtù della legge sulla espropriazione per pubblica utilità?

Ogni giureconsulto italiano comprende subito la difficoltà di questa quistione, al pensare che essa è analoga a quella che si fa nella nostra giurisprudenza circa il risarcimento dei cosidetti *danni personali* subiti dallo stesso proprietario in conseguenza della espropriazione per pubblica utilità. Che anzi

Digitized by Google

le due quistioni ne formano una sola, imperocchè il proprietario che abiti in tutto od in parte il suo stabile urbano, può accampare in confronto dell'espropriante le medesime pretese di risarcimento, per essere costretto a trasmigrare altrove, che accamperebbe un conduttore, totale o parziale, dello stabile medesimo. Ed infatti coloro che propugnano il risarcimento dei danni personali dello espropriato per pubblica utilità, non esitano a comprendere anche gli anzidetti fra i titoli di quello, se la espropriazione cada su di uno stabile urbano abitato in tutto od in parte dal proprietario. Non è quindi possibile propugnare il risarcimento in discorso del conduttore di uno stabile espropriato, se in pari tempo non si propugna la più generale tesi del risarcimento dei cosidetti *danni personali* recati dall'espropriazione per pubblica utilità allo espropriato; ma che questo secondo risarcimento sia dovuto, non è soltanto questione nella giurisprudenza nostra, ma è anche questione risoluta negativamente dalla totalità dei giudicati che vi si riferiscono. Questi propugnano invece la tesi: non doversi allo espropriato per pubblica utilità altro che il *giusto prezzo* dello stabile in cui cade la espropriazione. Così infatti sentenziarono, per esempio: Corte d'appello di Roma, 28 dicembre 1887 (*Foro It.*, Rep. 1887, voce *Espropriazione per pubblica utilità*, n. 51-58); 18 luglio 1888 (*ib.*, n. 39-40); Corte di Venezia, 19 agosto 1884 (*ib.*, n. 21-22); Cassazione di Roma, 20 luglio 1886 (*ib.*, 61-64); Cassazione di Napoli, 28 febbraio 1889 (*ib.*, *Rep.* 1889, voce suddetta, n. 51-52); 29 aprile 1889 (*ib.*, n. 56). È grave davvero codesta unanimità! Ed anche i nostri scrittori pensano a quel modo, ad eccezione del solo Sabbatini (op. cit., vol. 1, p. 224 e seg.).

Eppure la tesi contraria è manifestamente voluta anch'essa dalla giustizia naturale! Se infatti questa esige che lo espropriato sia tenuto pienamente indenne dei pregiudizievoli effetti della espropriazione per pubblica utilità, non vi ha distinzione da fare fra il rimborso del prezzo dello stabile

Digitized by Google

toltogli, e il risarcimento degli altri danni che gli abbia causato la espropriazione. I quali danni possono talvolta essere anche grandissimi; si pensi p. es., soltanto alla possibile perdita delle pigioni o dei fitti dello stabile per tutto il periodo della procedura di espropriazione anteriore al pagamento della indennità. L'Herson (*De l'esprop. p. cause d'util. publ.*, pag. 113) vi aggiunge anche il risarcimento delle spese di comunicazione e di chiusura in caso di parziale espropriazione di un fondo rustico, e le spese di sloggio, e le spese per le notifiche prescritte dalla legge. E molti altri francesi giureconsulti vi aggiungono pure, come ho detto sopra, i deperimenti di cose, i lucri perduti in caso di espropriazione di uno stabile urbano abitato dallo stesso espropriato. Eppure l'articolo 438 del codice civile, e l'articolo 29 dello Statuto fondamentale del Regno, vogliono il *pieno risarcimento* dello espropriato per pubblica utilità, e queste parole, notisi bene, non avrebbero più senso, o sarebbero dimenticate affatto, collo escludere dal risarcimento dello espropriato i *danni personali,* imperocchè il *giusto prezzo* dello stabile non è risarcimento, non è indennità, è semplicemente *prezzo di compera* dello stabile medesimo, come dice espressamente l'art. 39 della legge 25 giugno 1865!

Notisi che non soltanto tutti gli scrittori francesi, interpretando una legge, che si basa in sostanza sugli stessi principii della legge italiana, ed ha servito di modello a questa, sono favorevoli al risarcimento in questione, e non soltanto la giustizia è stata interpretata in questo medesimo senso da tutte le legislazioni forestiere, come per esempio dalla legge federale svizzera 10 maggio 1850 (art. 3), dalla legge ungherese 31 maggio 1883 (art. 23), dalla legge austriaca 18 febbraio 1878 (art. 4), dalla legge prussiana 11 giugno 1874, e anche lo era stata da tutte le cessate legislazioni italiane, come, per esempio, dalla estense 10 gennaio 1848 (art. 16), dalle ordinanze napoletane 16 aprile 1808, 10 agosto 1824, dal regolamento parmense

Digitized by Google

per le acque e strade 25 aprile 1821, dall' editto pontificio 3 luglio 1852 (87), ma la stessa legge sarda 6 aprile 1839, da cui più direttamente procede l'attuale legge italiana, fu sempre interpretata in quel senso, come si legge nell'Accame *op. cit.* Sicchè il già citato De Bosio, scrivendo intorno alle leggi vigenti nel 1857 in tutta Italia intorno alla espropriazione pèr pubblica utilità, non si perita di assumere fra gli altri fondamentali canoni, universalmente accettati, quello eziandio del pieno risarcimento di tutti i danni risentiti dall' espropriato, oltre al pagamento del prezzo dello stabile (*Della espropriazione e degli altri danni che si recano per causa di pubblica utilità*, Genova, 1859, p. 29 e seg., p. 201, e seg. e *passim*).

Quali ragioni si oppongono a quella tesi, e come mai tanto peso di autorità nuove scema quello assai più grande delle antiche?

In questa, come in molte altre questioni, voglionsi distinguere le vere ragioni determinanti l'opinione, da quelle che si ricercano e adducono dopo sposata una opinione, onde viemeglio convalidarla, o a guisa di rinforzo.

Per me la vera ragione determinante l'opinione che oggi domina nella giurisprudenza nostra circa il non risarcimento dei *danni personali* recati colla espropriazione per pubblica utilità, è una sola: e il silenzio della legge 25 giugno 1865 intorno a tale risarcimento.

In realtà questa legge, laddove tratta della indennità dovuta allo espropriato, non specifica altri danni che la stessa perdita della proprietà, la quale indennità chiama anche prezzo (vedi art. 28, 39, 43, e *passim*). Segnatamente l'art. 39 adducesi a sostegno della opinione dominante, il quale dice: « in caso di occupazione totale, la indennità dovuta all'espropriato consisterà nel *giusto prezzo* che, a giudizio dei periti, avrebbe avuto l' immobile in una libera contrattazione di compra-vendita ».

Digitized by Google

Ma se questo è il principale argomento a favore della opinione dominante, pare anche a me che la giurisprudenza nostra versi sinora in una grande illusione, attribuendogli tanta importanza. Il silenzio della legge è in sostanza l'Achille dei suoi argomenti; ma quando si tratta di negare una verità evidente, un'imperiosa esigenza della giustizia, il silenzio del legislatore intorno alla medesima non può bastare a far ritenere che egli abbia voluto negarla. Occorre piuttosto una espressa affermazione contraria del legislatore, perchè si debba credere che il legislatore non ammise ciò che la evidenza richiede. E di questa negazione porgeva occasione al legislatore nostro lo stesso articolo 39; poichè dunque egli si è qui limitato ad affermare l'obbligo del giusto prezzo dell'immobile espropriato, non mi par lecito ritenere ch'egli abbia perciò solo inteso d'escludere l'obbligo di risarcimento degli altri danni, non meno effettivi, nè maggiormente imputabili allo espropriato, di quello della perdita dello stabile.

Potrebbe ancora in qualche modo dubitarsi che il legislatore avesse negato ciò di cui non fece parola nell' art. 39, se non si potesse render ragione dell'aver egli in questo chiamato indennità il solo pagamento del *giusto prezzo* dello stabile espropriato, in caso di occupazione totale. Ma una tal ragione si trova facilmente. Il legislatore aveva di mira il fatto stesso e il momento della espropriazione; in questo momento non si presentava al suo pensiero altro danno che la perdita della proprietà, ed egli non aveva quindi occasione di applicare il concetto e l'obbligo del risarcimento ad altri danni, non ai *danni personali*, i quali, mentalmente, vengono dopo di quello. E aveva del resto ragione sufficiente il legislatore di soffermarsi specialmente su quell' elemento del danno dell' espropriato, che è la perdita della proprietà, ed era quella di dare nuove norme, come ha dato infatti, circa il modo di commisurare quel danno. Imperocchè ciò che dispone

Digitized by Google

in proposito l'art. 39, differisce da ciò che disponeva la legge sarda del 1839.

Se almanco potessero i sostenitori della teoria in discorso convalidare la loro interpretazione della legge 25 giugno 1865 coi motivi di questa! Ma, lungi da ciò, i motivi di detta legge costituiscono pure un fortissimo argomento contro quella interpretazione. E ciò è già stato osservato da altri, e specialmente da Sabbatini. Il Pisanelli, autore principale della legge 25 giugno 1865, dichiarò nella sua relazione, *doversi il patrimonio dello espropriato riporre nella stessa condizione in cui era prima dell' espropriazione.* Questo proposito del Pisanelli, che deve ritenersi anche proposito della legge da lui compilata, è l' opposto della tesi in discorso, e se non è stato dichiarato espressamente dal legislatore, deve ritenersi che questi, lungi dallo abbandonarlo, intese che dovesse essere pur quello degli interpreti della legge. E ciò precisamente per le stesse ragioni per cui era stato proposito suo, cioè per ragione anzitutto della evidenza, e poi anche per ragione della già fatta e ripetuta dichiarazione nell' art. 438, codice civile e nell'art. 39 dello Statuto, i quali articoli pure non avevano bisogno di essere ripetuti e neppure richiamati, attesa la fondamentale e generale autorità loro, che il confermare era tanto superfluo, come il dimostrar l'evidente. Tacque bensì il legislatore intorno al vero e proprio risarcimento dell'espropriato al di là del pagamento del prezzo, ma questo silenzio non è già una lacuna della legge 25 giugno 1865; fu invece proposito deliberato. Volle il legislatore, cioè, lasciare intieramente alla giurisprudenza il definire il vero e proprio risarcimento dello espropriato, limitando le proprie disposizioni al solo punto della determinazione del prezzo dello stabile espropriato, che non è vero e proprio elemento di indennità, e sul quale egli voleva dare nuove disposizioni. Menziona il legislatore bensì in molti luoghi della legge in termine generico l' indennità dovuta allo espropriato, e talvolta

Digitized by Google

parla delle *indennità* al numero plurale (v., p. es., art. 130); ma appunto perchè generica è tale menzione, essa significa che il legislatore volle lasciarne all'interpretazione la concreta determinazione, perchè credette, e a buon diritto, che ai giureconsulti non mancassero norme sicure e sufficienti a tal uopo nei generali principii del diritto; sicchè lo argomentare da quel generico discorso la intenzione del legislatore di non ammettere possibile altra indennità oltre a quella, impropriamente così chiamata, del pagamento del prezzo dello stabile, sia il peggiore abuso dell'argomento dal silenzio della legge, sia cioè un prendere a dirittura a rovescio il significato di questo silenzio, e cadere in una petizione di principio.

Vano è l'obbiettare che riveli un altro intendimento, da quello qui propugnato, negli articoli della legge 25 giugno 1865, la circostanza che la proposta di abbuono allo espropriato delle spese di sgombero, fatta dalla Commissione parlamentare, a cui fu sottoposto il progetto di quella legge, venne respinta dalla Giunta speciale. Che cosa prova codesto contro la esplicita dichiarazione surriferita del Pisanelli? Non si spiega egli invece benissimo quel fatto, riflettendo che, in vista appunto della evidente giustizia del vero e proprio risarcimento dello espropriato, della fondatezza di questo risarcimento nell'articolo 438 del codice civile, nell'art. 29 dello Statuto, parve alla Giunta speciale un fuor d'opera il contemplare quel caso speciale di risarcimento, mentre tutti gli altri singolarmente non si contemplavano? Ha certamente creduto la Giunta speciale che il menzionare quel solo caso speciale facesse correre pericolo a tutti gli altri, epperò soppresse quella menzione in omaggio appunto ad un più generale principio, che tutti i possibili casi di risarcimento comprendeva, e che le sembrava abbastanza certo per ogni discreto e illuminato interprete della legge. Ciò ebbe ad osservare anche il Bellono (*Note alle leggi sulle espropriazioni*, Torino 1886, volume I, §§ 532-533).

Quanto agli argomenti, che ho chiamati di rinforzo, a fa-

Digitized by Google

vore della tesi dominante, agevole cosa è il dimostrarne la vanità.

Accennerò appena ad un argomento, che pare una burla, adoperato dalla Cassazione di Napoli nella citata sua decisione 28 febbraio 1889, all'argomento cioè, che neppure nella espropriazione del debitore si tien conto di altro che del giusto prezzo dello stabile! Come se avesse qualcosa di comune una espropriazione cagionata da colui stesso che la patisce, colla espropriazione per pubblica utilità, che è immolazione del diritto del privato a quello del pubblico?

Il più forte argomento, a detta degli avversari del risarcimento dei danni personali dell'espropriato per pubblica utilità, è il famoso principio: *qui suo jure utitur neminem laedet!* Lo Stato è nel suo diritto di espropriare, dunque egli non deve compenso per eventuali danni recati allo espropriato, oltre al pagamento del prezzo della cosa espropriata! Ma non è questo che uno dei tanti abusi che si sogliono fare di quel canone, come di tutti i canoni generali del diritto. Il detto canone riguarda i soli rapporti fra privati, e significa soltanto che, se ogni cittadino agisce nella cerchia del diritto proprio, altri non si può dolere di codesto agire suo, allegando un danno che nonostante egli ne risenta. E questo si capisce al riflettere che appunto il diritto privato mira a distribuire e armonizzare per modo le sfere dell'azione giuridica dei cittadini, che ne venga il bene di tutti e il danno di nessuno. Tanto ciò è vero, che quando per eccezione la legge consente a un individuo di spiegare la sua azione al di fuori della propria sfera giuridica, direttamente su cose altrui, non manca di obbligarlo in pari tempo a risarcire pienamente il danno che ad altri ne proviene. Veggansi p. gli art. 438 e seguenti, e l'art. 542 del codice civile in materia di servitù legale d'acqua. Che se nell'ordinario commercio giuridico fra le persone, mentre nessuna di queste esorbita dalla sfera propria, accada nondimeno che un vicino risenta danno, egli è noto che la giurisprudenza moderna non

Digitized by Google

reputa che il canone *qui suo jure utitur* ecc. le impedisca di addossare la responsabilità del danno a chi ne è la causa, costituendo a poco a poco un corpo di dottrine in proposito, dal titolo di *jus vicinitatis*. (V. sopra p. 310). E così facendo, la giurisprudenza moderna non ha già disconosciuto il detto canone, ma lo ha invece meglio interpretato, rettificando le basi su cui esso riposa. Se ora dal diritto privato si passa al pubblico, e specialmente al diritto dello Stato di espropriare il privato per pubblica utilità, è agevole comprendere che il canone *qui suo jure utitur*, ecc., non trova più applicazione. Appunto perchè lo Stato può manomettere la proprietà privata per utile pubblico, la relazione fra esso ed i privati non è la stessa che fra privato e privato in una società giuridicamente ordinata. Sino a qual limite possa spingersi tale pretesa dello Stato, se egli debba risarcire o no il privato espropriato, non può esser questione da risolversi coi criteri del giure privato, nè in particolare con quello più volte ricordato. È qui piuttosto il caso di applicare come regola ciò che nel diritto privato è soltanto l'eccezione: cioè deve lo Stato, il cui diritto invade direttamente e sconvolge il diritto del privato, ristabilire fra questo e sè, per via di pieno risarcimento, quella perfetta eguaglianza che è la condizione e la premessa, per cui fra privati si può dire *qui suo jure utitur neminem laedet*. In altri termini, il diritto dello Stato di espropriare per pubblica utilità, essendo un diritto eccezionale, estraneo affatto al giure privato, non gli può essere applicato il canone giuridico *qui suo jure utitur*, ecc., se prima quel diritto non sia stato in certa guisa ragguagliato ai privati diritti, accompagnandolo colla clausola del pieno risarcimento, che sola vale a renderlo compatibile col diritto dello espropriato. Senza questa clausola, quel diritto dello Stato non può neppure essere chiamato propriamente diritto, da nessuno che sappia non bastare la legge a creare diritti, ma sorgere questi dalla necessità delle cose contemperata colla giustizia.

Digitized by Google

Dal fin qui detto pare a me che sia logica e fondata illazione la preferenza della tesi del pieno risarcimento dello espropriato per pubblica utilità, come la più conforme non solo alla naturale giustizia, ma altresì al retto senso e al vero spirito della legge italiana 25 giugno 1865. E questa è appunto la mia opinione. Ho un solo compagno finora in Italia nel professarla, il Sabbatini; ho contro di me fino ad oggi tutta la giurisprudenza italiana, ma, oltre alle tante e gravi autorità di leggi e di scrittori, siano forestieri, siano italiani anteriori alla nuova legislazione italiana, si oppongono alla contraria tesi così gravi motivi razionali, così forti argomenti desunti della stessa interpretazione della legge vigente, che io non esito a reputare un *errore comune,* che *non fa diritto,* l'attuale consenso nella medesima dei giureconsulti nostri.

Ed ora, ritornando al tema del risarcimento del conduttore di uno stabile espropriato, per causa di pubblica utilità, per parte dell'espropriante e solo titolo dello sfratto, poichè ho detto sopra che la relativa questione fa una cosa sola coll'altra circa il risarcimento del locatore espropriato, pel titolo di essere costretto a sloggiare da uno stabile che egli stesso abitava, chiaro apparisce che la prima questione deve essere affermativamente risoluta, poichè dovrebbe esserlo la seconda, rientrando manifestamente il danno del conduttore, pel detto titolo, nella categoria dei *danni personali* cagionati dalla espropriazione.

Ciò che io non capisco, si è come mai parecchi tribunali italiani abbiano ammesso il risarcimento del conduttore per parte dell'espropriante pel titolo in discorso, e nessun tribunale italiano abbia invece ammesso il risarcimento dello stesso espropriato per titolo dei cosidetti *danni personali.* Dallo ammettere o dal negare l'un risarcimento si viene necessariamente ad ammettere o negare anche l'altro. Onde se la principale mia tesi fosse qui stata di propugnare una correzione della vigente giurisprudenza italiana in fatto di risarcimento dei *danni perso-*

Digitized by Google

nali dello espropriato per causa di pubblica utilità, mi sarei valso, come di un buon argomento, delle decisioni favorevoli all'altra tesi, che l'espropriato deve risarcire il danno personale del conduttore dello stabile espropriato. Che se invece era questa seconda tesi l'oggetto della mia dimostrazione, non è a dire però che il dedurre la seconda dalla prima non torni a vantaggio anche di questa, e non la rafforzi in pari tempo viemaggiormente.

Imperocchè, se tanto l'espropriato, quanto un avente causa da questo, possono direttamente pretendere dall'espropriante il risarcimento dei danni recati loro dalla espropriazione per pubblica utilità, ne consegue che tutta la materia del risarcimento dei danni recati a chicchessia con questa espropriazione, rimane al di fuori della legge 25 giugno 1865, raccomandata ai generali principii del diritto civile, limitandosi quella legge a regolare il *giusto prezzo* dello stabile espropriato, la cui espropriazione appunto è il vero e proprio oggetto di essa. Ed ora raffigurato in codesto modo il còmpito della legge medesima, esso risponde al certo ad una razionale economia della legislazione, che distingue e separa ciò che in una data materia rimane soggetto ai generali principii del diritto, da ciò che porge occasione a speciali disposizioni. E meglio ancora che corollario della dottrina del risarcimento *dei danni personali* dell'espropriato, il risarcimento del conduttore è, insieme e al pari di quello dello espropriato, una conseguenza dei generali principii del diritto intorno al danno ed al risarcimento, e del carattere o còmpito generale della legge sulla espropriazione per causa di pubblica utilità. La quale posizione assegnata ai due argomenti, alle due questioni, e alle due rispettive tesi da me sopra propugnate, nel sistema del nostro diritto civile, accresce manifestamente la verosimiglianza e fortifica la persuasione di entrambe.

Digitized by Google

Della espropriazione forzata dello Stato delle Provincie e dei Comuni.

È grave questione quella del diritto spettante a un creditore, per titolo privato, di procedere a misure esecutive contro un ente pubblico-politico, cioè lo Stato, la Provincia, il Comune. Grave, perchè appunto concerne pubblici interessi, e il conflitto di questi con un altro interesse, non meno importante di quelli, e quasi pubblico anch' esso, per l' universalità sua, l'interesse cioè della tutela dei privati diritti. Ed è difficile quistione pei vari aspetti e punti di vista che presenta, e pei varî oggetti o beni a cui può riferirsi. A dir vero, oggi sembra ancor più difficile il mettere in questione l' applicazione del diritto comune alla espropriazione esecutiva di beni patrimoniali appartenenti ai detti enti pubblico-politici, al riflettere che oramai la giurisprudenza italiana è decisamente prevalente in senso affermativo. Di fronte a questo fatto ognuno è tentato di credere che buoni argomenti in contrario non si possano addurre; ciò non è però in realtà; quella tesi non può essere accettata senza vincere gravissime obbiezioni.

In Francia e nel Belgio la questione non esiste. Pacifica infatti è in questi paesi l' opinione che contro Comuni, Provincie, Stato non si possono intraprendere misure esecutive. Lo si rileva dal Cormenin (*Quest. de droit admin.*, vol. II, pag. 189), dal Foucart, (*Droit publ. et administr.* ap. Luchini e Loasses, v. *sotto*), dal Laferrière (*Droit publ. et administr. civ.*, 2, cha. 2, sect. 2, n. 1), dal Thomine Desmazures (*Proc. civ.*, n. 674, vol. 2), dal Boitard (*Proc. civ.*, vo-

Digitized by Google

lume 2, n. 333), dal Roger (*Tr. de la Sequestration*, p. 1, numero 253), dal Merlin (*Rép. Sèquestr. chez les tiers*), dal Dalloz (*Rép.* v. *Domaine de l'état*, n. 406). — La giurisprudenza francese è pure fissata e concorde nello stesso senso, come può rilevarsi dalle seguenti decisioni: Corte di cassazione, 16 termidoro, anno 11 (v. Merlin, *l. c.*), avviso del Consiglio di Stato, 11 maggio 1843 (*ivi*), Corte di Parigi, 2 marzo 1831 (*Pasicr.* X, serie 2, p. 70), Corte di Bordeaux (*ivi*, IX, parte 1, p. 368). Vero è però che in Francia vige una legge 18 luglio 1837, la quale richiede, per la esecuzione su beni mobili e immobili dei Comuni, una ordinanza sovrana che determini la forma della vendita.

La stessa opinione propugnarono in Italia il consigliere di Stato Mantellini nella sua ottima opera, *I conflitti di giurisdizione* (*ll. cc.*, pag. 135), l'avv. Odoardo Luchini in una accurata monografia inserita negli *Annali di giurisprudenza italiana* (VIII; *Rivista*, p. 77-100), il regio avvocato erariale Loasses in una pure accurata monografia, inserita nella *Riv. di giurispr.* di Trani (anno I, p. 778 e seguenti), e riprodotta nel *Monitore dei Tribunali* (23, 30 settembre 1876). Anche la Direzione degli *Annali* si è pronunciata nel medesimo senso (V. note alla citata sentenza della Cass. di Napoli, 17 maggio 1873).

L'opinione contraria, ebbe per difensore un anonimo autore di uno scritto pubblicato nel *Monitore dei Tribunali* (10 febbraio 1866), il prof. Saredo (V. *La Legge*, 1872, 2, 113, 115, 282), il defunto senatore Vacca nella prolusione letta alla Corte di Napoli il dì 8 gennaio 1874, il procuratore generale alla Cassazione di Roma Pescatore, sulle cui conformi conclusioni fu redatta una sentenza della Cassazione di Roma, 19 giugno 1876, il prof. E. Bianchi (*Esecuzione forzata contro Stato, Provincia, Comune*, Roma 1891), i professori Mattirolo, Bertolini, Mortara ed altri, ma da più di un ventennio la tesi combattuta dal Mantellini e da altri ha ottenuto ripe-

Digitized by Google

tuti suffragi dai Tribunali e dalle Corti di ogni parte d'Italia.

La esecuzione forzata contro beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni fu ammessa dai seguenti giudicati: Cassazione di Roma 19 giugno 1876 (*Giur. ital.*. 1876, I, 1, 614); Corte di appello di Napoli, 10 luglio 1874 (*Ann. di giur.*, VIII, 2, 481), 27 aprile 1874 (*ivi*, IX, 2, 11).; Corte di Genova, 22 maggio 1876, Corte d'appello di Roma, 2 marzo 1873 (*Legge*, 2, 180); Cassazione di Palermo, 13 febbraio 1875, 3 settembre 1891 (*Giur. ital.*, 1891, 1, 651), 22 settembre 1894 (*Circ. Giur.*, 1895), Cassazione di Napoli, 7 marzo e 17 aprile 1873 (*Ann. di Giur.*, VII, 1, 314, 28); Cassazione di Torino, 2 dicembre 1890 (*Mon. dei Trib.*, 1891, 253); Corte di Milano, 26 marzo 1895 (*ib.*, 95, 347); Cassazione di Firenze 27 novembre 1879; Corte di appello di Napoli, 11 maggio 1867, 18 luglio 1870, 10 luglio 1874.

Il contrario dichiararono i seguenti giudicati: Supremo Tribunale di 3ª istanza di Milano, 20 aprile 1865 (*ib.*, 1865, 144); Corte di Casale, 29 gennaio 1866 (*ib.*, 1866, 1102); Corte di appello di Torino, 16 maggio 1870; Corte di Catania, 2 maggio 1896 (*Boll. giur.*, 11, n. 369, p. 111, n. 240); Corte di Macerata, 4 dicembre 1873 (*Giur. it.*, 1873, 2, 109); Corte di Ancona, 17 agosto 1874 (*Ann. di giur.*, 1874, 2, 490); Cassazione di Palermo, 15 gennaio 1875 (*ib.*, IX, 1, 363), e 13 marzo 1875 (*ib.*, 1, 158); Cassazione di Torino, 7 settembre 1871 (*Legge*, 1872, 2, 281). — E anche il Consiglio di Stato si pronunciò in questo senso in una decisione 17 marzo 1865 (*ib.*, 1865, II, n. 14). (V. le conclusioni nel *Monitore dei Tribunali*, del 27 maggio 1876).

Per qualche tempo si potè dire col Mantellini (*l. c.* pag. 136) che nella giurisprudenza italiana la tesi della *esecutibilità* dei beni in discorso, fosse tesi napoletana. Prevalsero infatti dapprima sentenze di Corti meridionali in quel senso, e ciò si poteva fino ad un certo punto spiegare col fatto di una inveterata analoga tradizione nel mezzogiorno d'Italia, la quale ri-

Digitized by Google

saliva al diritto, vigente nell' ex-reame. Imperocchè, come si legge nella sentenza 17 maggio 1873 della Cassazione di Napoli, vigeva nell'ex-reame fino alla emanazione dei nuovi Codici una legge 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, la quale (all'art. 28) consentiva la libera esecuzione dei giudicati sui beni dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, e in generale delle pubbliche amministrazioni, dopo tre mesi dalla intimazione fattane all' Intendenza della Provincia, e soltanto (art. 31) esimeva dal sequestro le casse pubbliche (1). Ma oggi la frase del Mantellini non si può più ripetere, perchè, come ho osservato sopra, la soluzione affermativa della questione si va sempre più essendo nella giurisprudenza di ogni parte d' Italia.

Già più volte io ebbi a propugnare la esenzione dei beni patrimoniali dello Stato, della Provincia, del Comune dalle ordinarie norme della espropriazione forzata (v. *Giur. it.*, 1876, IV, 453, *Foro it.*, 1889, 1, 416 e seg., 860 e seg.; *Giur. it.*. 1893, 1, 407); venni cioè ripetendola e giustificandola nuovamente di fronte ai sempre nuovi giudicati che la ripudiavano. Riassumerò ora, completerò le ragioni di questa mia persistenza in una tesi che tanti altri vanno abbandonando, affinchè anche questi possano almeno credere che il mio movente non è cieca ostinazione nè amor proprio.

---

(1) Questa legge regolava il contenzioso amministrativo, e attribuiva ai Consigli d' Intendenza in primo grado, alla Gran Corte dei Conti in secondo e ultimo grado, la competenza, in particolare, nelle cause promosse contro lo Stato, le Amministrazioni pubbliche, i Comuni e gli stabilimenti pubblici. Era una giurisdizione speciale bensì per l' indole delle cause sottoposte alla sua cognizione, ma ordinaria per il modo del suo procedere; e ciò spiega ampiamente G. Rocco nel suo *Corso di diritto amministrativo* (Napoli, 1854, vol. 2, p. 251 e seg.). Spettava ai giudici del contenzioso amministrativo condannare al pagamento le dette pubbliche persone, ed eventualmente a subire « vendita di mobili ed espropriazione d' immobili » ; però l' esecuzione di queste decisioni spettava (art. 27) alle autorità giudiziarie ordinarie, elasso inutilmente un termine di tre mesi dalla data della comunicazione della decisione all' Intendente, v. Cassazione di Palermo, 27 febbraio 1896 (*Giur. it.* 1896, 1, 941, e nota).

Digitized by Google

Anzitutto voglionsi distinguere le misure meramente conservatorie contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, a garanzia di diritti privati in confronto di essi, dalle misure esecutive di sentenze giudiziali, pronunziate contro quei corpi morali, a soddisfacimento di quei diritti.

Dell'ammissibilità delle prime ragionarono finora la Corte d'Ancona e la Cassazione di Roma nelle citate sentenze, e il procuratore generale Pescatore nelle pur citate sue conclusioni. Unanime è l'opinione che il sequestro conservativo non si possa ammettere a carico dei beni di nessuna specie di tutte quelle pubbliche corporazioni, a vantaggio di un privato creditore. La ragione addotta da tutti concordemente si è che rispetto a quegli enti non può mai verificarsi nessuno degli estremi, a cui è alligata la concessione del sequestro conservativo dall'art. 924 del Cod. di proced. civile, quali sono: la *fuga del debitore*, il *timore di sottrazioni*, il *pericolo di perdere le garantie del credito*. Il Pescatore ammette bensì che un sequestro conservativo *speciale* sugli *invecta et illata* si possa accordare a chi locò uno stabile ad un Comune, o allo Stato, o alla Provincia, e, non ricevendo a tempo debito la pigione, si accorga invece che l'amministrazione erariale, o provinciale, o comunale sta esportando i mobili. Ciò che egli nega è l'ammissibilità di un sequestro conservativo *universale*, come egli lo chiama, cioè di un sequestro che potrebbe cadere su qualunque specie di beni patrimoniali dello Stato, della Provincia, del Comune, ed anche colpirli tutti quanti.

Io sono dello stesso avviso, ma dubito assai che la ragione addottane valga a giustificarlo. Imperocchè io non vedo che rispetto alle persone pubbliche in questione non possa verificarsi almeno il terzo caso di sequestro conservativo, contemplato dal Codice di procedura civile. E di vero non può ridursi all'impossibilità di pagare, volgarmente detta fallimento, anche uno Stato, e molto più una Provincia, od un Comune?

Digitized by Google

Quanto allo Stato in particolare, se non se ne avessero già parecchi esempi nella storia degli Stati moderni, e per esempio della Francia al tempo di Law, e durante la grande rivoluzione, dell'Austria al principio di questo secolo, sarebbe lecito dubitarne. Orbene, se, per esempio, un Comune male amministrato, già carico di debiti, sta per ingolfarsi in debiti nuovi, di guisa che si possa con sicurezza prevedere un tempo non lontano in cui egli si troverà nell'impossibilità di far fronte ai suoi impegni, in tale ipotesi come non potranno gli antichi creditori del Comune pensare che le garantie dei loro crediti corrano pericolo di essere perdute, garantie che, secondo i giureconsulti suddetti, consistono anche rispetto alle persone pubbliche in discorso, come rispetto a qualunque privato debitore, nei beni di questo, giusta l'art. 1949 del Codice civile? D'altronde la scemata garantia di cui parla l'artico 924 Codice di proc. civile, non è soltanto garantia di pagamento in generale, ma altresì di pagamento nel tempo debito in particolare; se quindi i citati giureconsulti opinano, come pur si vedrà fra poco, potersi procedere ad espropriazione forzata contro le persone in discorso per la sola ragione che il creditore delle medesime non debba maggiormente aspettare il loro comodo di pagare, di quello che il privato creditore di un altro privato, meno ancora io comprendo come quegli non possa altresì ricorrere ad un sequestro conservativo onde affrettare il proprio soddisfacimento. E dunque, se io non m'inganno, la riferita proposizione è poco conciliabile col significato letterale dell'art. 924 del Codice di proc. civile, ed è inconciliabile affatto colla dottrina dei suoi fautori intorno all'espropriazione forzata dello Stato, delle Provincie e dei Comuni. Le ragioni poi per le quali io pure non ammetto il sequestro conservativo in discorso, sono le medesime per le quali non ammetto in generale nessuna misura esecutiva, nel senso più lato di queste parole, contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, a soddisfacimento di diritti privati di credito.

Digitized by Google

Vengo ora alla quistione principale, cioè a quella dell'espropriazione forzata delle persone in questione, a favore dei loro privati creditori. Esporrò dapprima gli argomenti di coloro i quali ammettono codesta espropriazione, e poi gli argomenti contrari.

La Corte d'appello di Napoli nella sentenza 10 luglio 1874 ammise l'espropriazione forzata dei beni *patrimoniali* comunali di qualunque genere, nell'altra sentenza 27 aprile 1874 l'ammise rispetto alle rendite comunali d'ogni sorta, siano *patrimoniali*, siano *provenienti da balzelli;* la Corte d'appello di Roma nella sentenza 2 maggio 1873 seguì l'opinione della Corte d'appello di Napoli, la Cassazione di Napoli nella sentenza 17 maggio 1873 ammise il pignoramento delle rate d'affitto dovute allo Stato dai suoi affittavoli, la Cassazione di Roma in parecchie sentenze, 19 giugno 1876 (cit.) 2 luglio 1885, 9 gennaio 1886 (*Giur. it.*, 1886, 1, 238), 7 aprile 1893 (*ib.*, 1893, 1, 407), la Cassazione di Palermo, 13 febbraio 1875, la Cassazione di Torino, 17 dicembre 1891 (*Mon. Trib.*, 1892, 280), la Cassazione di Firenze, 27 novembre 1879 (*ib.*, 1880, 1, 241), la Corte di Trani, 18 maggio 1887, la Corte di Casale, 25 maggio 1887, la Corte di Genova, 22 maggio 1876, e la Cassazione di Palermo, 3 settembre 1891 (cit.), il Consiglio di Stato in due pareri 17 novembre 1879, 1° maggio 1880, e in una decisione 17 marzo 1868, ammisero il pignoramento dei beni *patrimoniali* dei Comuni, ma non delle rendite consistenti in *tributi destinati al pubblico servizio;* il procuratore generale Pescatore invece l'ammette non solo quanto ai veri e propri beni *patrimoniali* dei Comuni e dello Stato, ma eziandio quanto alle rendite loro, provenienti da tasse di qualunque specie, purchè le medesime siano state espressamente vincolate in un contratto a guarentigia di un credito determinato. Egli esclude però dai beni patrimoniali soggetti ad espropriazione forzata gli edifizi destinati ad uso pubblico. E quest'ultima cosa dichiararono la Corte d'appello di Lucca, 26 marzo 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 860),

Digitized by Google

la Cassazione di Firenze, 16 dicembre 1889 (*ib.*, p. 415), la Corte di Milano, 26 marzo 1895 (*Mon. Trib.*, 1895, 349), la Corte d'appello di Palermo, 5 agosto 1894 (*Foro it.*, 1895, 1169). e la Corte di Genova, 11 dicembre 1896 (*ib.*, 2, 72). Ammise invece la pignorabilità delle rendite tributarie e del danaro giacente nelle pubbliche casse la Cassazione di Roma in due sentenze 3 gennaio e 30 maggio 1879 nel caso celebre della sospensione dei pagamenti del Comune di Firenze, in seguito al decreto 15 giugno 1878 del R. Delegato straordinario a quella amministrazione comunale.

Manifesta è la discrepanza delle surriferite opinioni relative alla concreta applicazione della massima *generale*, in cui pur tutti convengono i fautori delle medesime, dell'ammissibilità cioè dell'espropriazione forzata dei beni patrimoniali delle persone pubbliche. È una discrepanza di opinioni che si risolve in un vario modo di determinare *i beni patrimoniali* dello Stato, delle Provincie e dei Comuni. Imperocchè tutti convengono quei giureconsulti nell'evidente proposizione che per esigere un credito privato non si possano espropriare forzatamente i beni componenti il *demanio pubblico*, sia erariale, sia comunale, che è di sua natura inalienabile, ma soltanto lo possano i beni componenti il *demanio patrimoniale*, o vero e proprio patrimonio, sia dello Stato, sia delle Provincie, sia dei Comuni (v. articoli 426, 432 Cod. civ. ital.). Essi dissentono invece nella concreta determinazione dei beni *patrimoniali*, e più particolarmente nell'assegnare piuttosto al *patrimonio* o al *demanio pubblico* le rendite erariali, provinciali, o comunali provenienti dai tributi. Dimostrerò più tardi che questa discrepanza d'opinioni toglie non poca autorità alla tesi generale da cui essa è occasionata; intanto il lettore vi ponga attenzione e non la dimentichi.

Le ragioni addotte a sostegno di quella tesi generale sono sempre le stesse in tutti i giudicati, e presso tutti gli scrittori.

Digitized by Google

Si adduce per principale ragione la parificazione delle persone morali pubbliche alle persone private quanto ai diritti civili, in virtù dell'art. 2 del Cod. civ., la quale parificazione trae seco l'applicazione, alle prime come alle seconde, dell'articolo 1949 dello stesso Codice, che dice essere i beni d' ognuno guarentigia comune dei suoi creditori. D'altra parte, si aggiunge, il Codice di procedura civile non statuisce nessuna eccezione ai principii relativi alla esecuzione delle sentenze, in favore delle persone morali pubbliche in quistione. Nè vale l'argomento che la legge comunale e provinciale obblighi in particolare i Comuni ad iscrivere nei loro bilanci le spese necessarie onde estinguere debiti esigibili, e dia all'autorità tutoria facoltà di costringerli a ciò fare, ove se ne astengano (art. 145, 171, imperocchè questi provvedimenti non implicano esenzione dei Comuni dalla coazione giudiziaria a pagare. Sono questi provvedimenti d'indole amministrativa, aggiunti bensì a quelli del diritto comune giudiziario, ma non surrogati ad essi; che se fosse il contrario, farebbesi dipendere il diritto dei privati creditori dal beneplacito, ed anche dall'arbitrio del Comune e di chi lo tutela. Per la stessa ragione neppure le leggi amministrative, nè quelle di contabilità, che prescrivono certe formalità alle alienazioni dei beni dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, e ai pagamenti nell'interesse dei medesimi, possono fare ostacolo all'applicazione in loro confronto degli ordinari mezzi giudiziari di coattivo soddisfacimento. E neanche il disturbo, che può arrecare al pubblico servizio la distrazione delle rendite pubbliche erariali, provinciali, comunali dalla loro destinazione, è buono argomento contro l'opinione in discorso. Imperocchè è in facoltà dei corpi morali in questione il prevenire tale inconveniente non mettendosi nel caso di non poter far fronte ai propri impegni, o di assumere debiti superiori alle loro forze. D'altra parte l'espropriazione forzata dei loro beni non accade improvvisamente, ma in seguito a parecchi atti procedurali. Che se un

Digitized by Google

Comune, per effetto di tale espropriazione, fosse realmente posto nell'impossibilità di provvedere al pubblico servizio, potrebbe lo Stato sciogliere il Consiglio comunale, e inviare un commissario straordinario, il quale, imponendo un contributo straordinario, procacciasse i mezzi di pagamento che fanno difetto nelle casse comunali. Non sembra poi possibile (è questo un argomento del Pescatore) negare la spropriazione forzata contro lo Stato, le Provincie ed i Comuni, per titolo di un'immaginaria esenzione dal diritto comune, una volta che non si può negare, nè fu mai negata l'esecuzione forzata contro quei corpi morali per titolo di negata consegna di cosa mobile od immobile venduta ai medesimi, o semplicemente o a termine, e di cui essi neghino ingiustamente la consegna. E finalmente (è anche questo un argomento del Pescatore), invalendo nella giurisprudenza la massima che i Comuni in particolare possano essere sottoposti alle stesse coazioni giudiziali dei privati onde far loro pagare i propri debiti, si avrà un mezzo efficace di ricondurre un gran numero di essi a più savie regole d'amministrazione, che non sono quelle che pur troppo seguono ora, con danno del loro credito e con diminuzione della pubblica proprietà.

Dal canto loro gli avversari della spropriazione forzata delle persone morali pubblico-politiche a' termini e nei modi stabiliti dalle ordinarie leggi di procedura, sono quasi tutti concordi nello escludere assolutamente siffatta espropriazione nel suo vero e proprio significato. Taluni di essi ammettono bensì potersi espropriare quei corpi morali mediante l'azione ipotecaria rivolta ad uno stabile sottoposto a ipoteca convenzionale, reputando che il contratto d'ipoteca tolga all'espropriazione del fondo ipotecato l'aspetto vero e proprio di mera coazione, e le comunichi quello dell'effettuazione di un contratto. Ma questa opinione non è seguita dai più, ed a ragione; imperocchè, l'ipoteca rimane proprietà del debitore sin

Digitized by Google

all'espropriazione, e anche l'ipoteca giudiziale può ricondursi ad un contratto, cioè al contratto giudiziale.

Le ragioni che si adducono contro l'espropriazione forzata in quistione sono di una duplice natura. Alcune sono *intrinseche*, cioè desunte dalla pretesa natura eccezionale dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, per cui non vi si possano applicare gli ordinari principii intorno all'espropriazione forzata, altre sono *estrinseche*, cioè desunte dalla pretesa impossibilità giuridica di indurre ad obbedienza quei corpi morali, cioè le loro rappresentanze, nel modo in cui vi si riducono i privati coi soliti mezzi della coazione giudiziale.

Fra le ragioni della prima specie, la principale è quella della non commerciabilità dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni. Non si possono invero alienare, nè amichevolmente, nè in virtù di procedura esecutiva, se non beni che siano in commercio (arg., art. 1967, Cod. civ., 1°). Se ora si tratta di rendite, di qualunque genere e provenienza, iscritte nei bilanci di quei corpi morali, esse hanno per ciò solo una *destinazione pubblica*, la quale le esclude dal commercio ordinario. Ciò è tanto vero, che una volta fatto e approvato debitamente il bilancio, se trattasi di bilancio erariale, le somme destinate a certe spese non possono più essere stornate (Legge 22 aprile 1869, n. 5026, art. 39), ed anche in conformità al bilancio i pagamenti non si possono fare dalla pubblica finanza senza un ordine ministeriale, approvato dalla Corte dei conti (ivi, art. 40). Quanto poi al bilancio comunale, gli storni dei fondi, ed anche l'erogazione delle somme stanziate per le spese impreviste non si possono fare se non dal Consiglio comunale o dalla Giunta secondo i casi previsti dalla legge (Legge com. e prov. 10 Febbraio 1889 art. 111, 10, 118); in particolare, le spese del pagamento di debiti esigibili, obbligatorie ai Comuni, se non siano state inserite nel bilancio comunale, oppure se dalla Giunta non vengano pagate, dànno occasione a provvedimenti della Giunta provinciale amministrativa (ib, art. 170). Tutte le quali

Digitized by Google

disposizioni implicitamente significano che il pagamento dei debiti dei corpi morali in quistione è dalla legge considerato incombenza esclusiva delle corrispondenti autorità amministrative, epperò che l'uso o la destinazione dei beni di quei corpi a tal fine, essendo stabilita e governata dalle leggi di pubblica amministrazione, è del pari pubblica e amministrativa. Se si tratta, non di rendite, ma di beni patrimoniali, fruttiferi o infruttiferi, l'esclusione dei medesimi dall'ordinario commercio giuridico è pure chiaramente statuita dalla legge. Imperocchè rispetto ai Comuni l'alienazione di beni mobili non può farsi senza il consenso della Giunta provinciale amministrativa (ib art. 166). Quanto agli immobili poi, se appartengono al patrimonio dello Stato, non possono di regola essere alienati se non per legge; per eccezione soltanto, in alcuni casi dalle leggi enumerati, lo possono per via di decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato; nell'un caso e nell'altro le alienazioni non possono eseguirsi senza il visto della Corte dei conti (Cod. civ., art. 430; art. 13, legge 22 aprile 1869). Se invece appartengono ai Comuni, non possono essere alienati senza l'approvazione della Giunta amministrativa provinciale (art. 166). Analoghe disposizioni a tutte quelle sin qui riferite sono in vigore rispetto alle Provincie. E da tutte queste disposizioni chiaro emerge, che i beni dei corpi morali pubblici in questione non entrano nello ordinario commercio, epperò non possono alienarsi, nè amichevolmente, nè coattivamente, nei modi ordinari stabiliti dalle leggi che regolano le relazioni giuridiche fra privati (1). Un altro argomento, viene pur desunto dal Codice di procedura civile, là dove questo esime certi beni del debitore

(1) Per analoghe *ragioni* la Corte di Casale ritenne pure nella citata sentenza 29 gennaio 1866 (*Ann. di Giurispr. ital.*, I, 2, 41), non ammettersi espropriazione forzata contro le opere pie, considerandole come pubblici istituti « il cui patrimonio è governato dalla legge secondo la pubblica e perpetua sua destinazione ».

Digitized by Google

dalla espropriazione forzata (art. 585 e segg.). Il desumere, si dice dal silenzio di questi articoli circa i beni patrimoniali dei corpi morali pubblici in quistione, che implicitamente que' beni possano fare oggetto dell' espropriazione forzata, è un provar troppo, è un dare soverchia importanza alla lettera della legge. Se si pon mente allo spirito, oltre che alla lettera di questa, si scorge facilmente ripugnarvi affatto l'espropriazione del patrimonio sia erariale, sia provinciale o comunale. Imperocchè vi hanno talune esenzioni di beni dei privati dall' espropriazione forzata, che non si possono spiegare se non per motivi d'ordine pubblico; tali sono le esenzioni delle armi e de' bagagli degli individui ascritti al servizio militare (articolo 585, 4°), degli stipendi e delle pensioni dovute dallo Stato (art. 591). Chi ora dirà ostare un minor pubblico interesse al pignoramento esecutivo dei beni patrimoniali dai quali p. es. un Comune ritragga una parte delle sue entrate e magari la maggiore, o anche totalmente, di che non mancano esempi in Italia? E in generale, se si pensa ai gravi inconvenienti pubblici che non può non trar seco la distrazione dei beni patrimoniali in discorso, siano essi nelle casse pubbliche, o siano altrimenti posseduti e adoperati, non è possibile ammettere che il silenzio in proposito dei citati articoli del Codice di procedura civile, non dipenda da altro che dal non avere il legislatore pensato a tale subietto, lasciando alla giurisprudenza una lacuna, che essa deve riempire attenendosi allo spirito della legge, e ai principii generali del diritto e della legislazione.

Anche avrebbero potuto gli avversari della espropriazione in quistione, argomentare dal riflesso che talune disposizioni del Codice civile non si potrebbero applicare alla esecuzione contro pubbliche persone, senza cadere addirittura nell'assurdo. Si dirà p. es. dello Stato, o di una provincia, o di un comune, come dei privati debitori esecutati, che in virtù dell'art. 2090, Codice civile, coll'apertura del giudizio di gra-

Digitized by Google

duazione diventano esigibili tutti i crediti con mora? E che anche ai creditori *chirografarî* di quelle pubbliche persone devesi assegnare il residuo prezzo dopo la collocazione dei creditori privilegiati e ipotecarî nello stato di graduazione, come si fa rispetto ai creditori chirografarî dei privati debitori esecutati, in virtù dell'art. 2092 del Codice civile? Nessuno certamente può ammettere tali cose, e neppure intendere tali discorsi. Ed anche avrebbero quei giureconsulti potuto riflettere che, se le norme comuni intorno all'esecuzione forzata si dovessero applicare alle persone pubbliche in quistione, non potrebbesi esimere da tale esecuzione il danaro giacente nelle pubbliche casse, che pure la maggior parte dei partigiani della contraria tesi non reputano ad esecuzione sottoposto.

Continuano gli avversari della espropriazione in discorso, ribattendo il contrario argomento desunto dagli art. 2 e 1949 del Codice civile. È troppo generale premessa codesta, osservano, perchè serva a decidere una quistione speciale come la presente. L'art. 2 accenna esso medesimo in termini generali alle leggi d'ordine pubblico, quale contemperamento dei principii generali del diritto civile, nella applicazione di questi ai corpi morali d'indole pubblica. D'altronde non è a dire che col surrogare all'espropriazione forzata, nei rapporti fra i privati creditori e quei corpi, l'azione delle autorità amministrative destinate a contenere i secondi nella cerchia dei loro doveri e delle loro attribuzioni, il privato creditore venga ad essere non abbastanza difeso e reso sicuro de'suoi diritti. Se ciò fosse, bisognerebbe ritenere non assicurati abbastanza tutti quegli interessi, siano individuali, siano collettivi, distinti dai privati diritti, che le leggi amministrative e politiche affidano esclusivamente alla custodia ed alla gestione delle autorità amministrative e politiche, la quale opinione, ove anche possa talvolta pronunciarsi in linea speculativa, non lo può mai di certo in linea concreta o legale. Il solo inconveniente che il privato creditore può risentire da quella eccezionale condi-

Digitized by Google

zione de'corpi morali pubblici suoi debitori condannati a pagare, consiste in un ritardo di pagamento, ma questo ritardo, appunto perchè è voluto da forti ragioni di pubblico ordine, alle quali nessun cittadino può essere indifferente, non impedisce che la tutela accordata al suo diritto nei casi in quistione, non sia sufficiente, cioè rispondente appieno ai vari riguardi cui essa deve in pari tempo bastare.

Le ragioni *estrinseche* della stessa opinione, riduconsi, come ho già notato, all'impossibilità di una coazione diretta dell'autorità giudiziaria contro le autorità amministrative, le quali riluttassero alle ingiunzioni della prima nel periodo dell'espropriazione forzata. Codesta impossibilità è specialmente fatta valere in confronto delle autorità amministrative dello Stato. Come potrebbe, si dice, l'usciere immettere, per es., l'acquirente all'asta esecutiva, nel possesso d'un edifizio ministeriale, e ingiungere al ministro di *rilasciarlo?* (art. 685, Cod. proc. civ.). E come la forza pubblica dello Stato potrebbe essere dal potere giudiziario adoperata contro lo Stato? Ciò sarebbe, si dice, contrario a quelle divisione e indipendenza dei pubblici poteri, che è una delle basi del diritto costituzionale d'Italia, e di ogni popolo libero.

Tale è il modo di pensare, tali gli sono argomenti di coloro che non ammettono espropriazione forzata a beneficio di privati creditori, contro lo Stato, le Provincie, e i Comuni.

Venendo ora a studiare la quistione proposta, a confrontare ed apprezzare tutte le argomentazioni surriferite, stimo prima d'ogni altra cosa necessario il determinare nettamente il vero e proprio obietto di cui si discute, distinguendolo e separandolo da altri che furono erroneamente confusi con esso, ricavando poi da questa confusione argomenti od obiezioni egualmente fuor di proposito, prò o contro l' una o l' altra tesi impresa a propugnare o a combattere.

Non si deve confondere l'espropriazione forzata dello Stato, delle Provincie, dei Comuni a benefizio di privati creditori, colla *esecuzione forzata* per consegna o *rilascio* di beni. Que-

Digitized by Google

sta esecuzione mira alla prestazione di cose mobili od immobili (art. 741 e segg., Cod. proc. civ.), ed io convengo col Pescatore, sia negli esempi da lui addotti, sia in altri molti, facili a configurarsi, che la si può intraprendere contro gli enti pubblici in questione, nello stesso modo come contro privati. Ma non convengo del pari con quel grande giureconsulto che questa proposizione racchiuda « in germe », come egli dice, la soluzione della questione che ora si discute. Imperocchè le prestazioni, a cui tende l'esecuzione per consegna di beni, hanno il loro titolo in contratti o quasi contratti del corpo morale coi privati intorno ai medesimi beni, di guisa che questi sono usciti dal patrimonio dello Stato, della Provincia o del Comune, e soltanto si trovano nel loro possesso, mentre fanno parte del patrimonio di privati. Quale analogia adunque si può mai scorgere fra l'esecuzione forzata allo scopo d'obbligare quei corpi morali a ridare ai privati ciò che a questi spetta, e quella avente lo scopo di soddisfare un credito pecuniario dei secondi coi beni componenti il patrimonio dei primi?

Neppure mi sembra possa creare imbarazzo alla dottrina contraria a quella propugnata dal Pescatore, l'ammissibilità della vera e propria spropriazione forzata contro lo Stato, le Provincie e i Comuni, per far valere ipoteche legali che per avventura competano a privati cittadini contro quei corpi morali. Convengo coll'avv. Luchini che in quanto le ipoteche legali, ammesse dal Codice civile, spettino a privati cittadini in confronto dei corpi morali in questione, l'espropriazione forzata ne possa conseguitare contro i medesimi nei modi stabiliti dal Codice di procedura civile. E non iscorgo neppure nessuna delle pratiche difficoltà, che al Luchini *(loc. cit.*, pag. 99) sembra d'incontrare nelle leggi amministrative concernenti l'alienazione del patrimonio erariale, provinciale o comunale. Imperocchè ipoteche legali non possono competere ai privati contro lo Stato, la Provincia o il Comune, se non

Digitized by Google

provenienti da rapporti d'indole privata in cui queste persone pubbliche si trovino con persone private, o da contratti posti in essere con queste, e, ciò che più monta, quei diritti hanno fin dall'origine loro virtù di fare entrare, in un certo senso, i beni erariali, patrimoniali, e comunali su cui cadono, nel patrimonio dei privati, costituendo a questi sopra i medesimi un diritto reale. Sono quindi intieramente applicabili a tutti gli effetti di quelle ipoteche legali, anche in confronto dei corpi morali in discorso, gli stessi principii e le stesse norme che valgono fra privati cittadini, ed io non trovo nessuna difficoltà nel conciliare que'principii e quelle norme coi canoni del diritto amministrativo, i quali mi sembrano invece doversi in tali casi completamente lasciare in disparte. In particolare, rispetto al pegno legale del locatore, io non aderisco all'opinione del Luchini *(loc. cit.)*, che il privato locatore di uno stabile allo Stato, o alla Provincia o al Comune, non possa procedere in confronto di questi corpi nel modo stesso in cui procederebbe contro un altro privato, e reputo vera per le addotte ragioni, l'opinione contraria del Pescatore *(loc. cit.)*, il quale ammette il sequestro, e, occorrendo, anche la distrazione degli *invecta et illata*. Ma appunto perchè negli addotti casi la spropriazione forzata a benefizio di un privato creditore contro un corpo morale pubblico è piuttosto l'effettuazione di un diritto reale facente parte del patrimonio di quel creditore, che non una vera e propria distrazione di beni patrimoniali di quelle persone onde soddisfare un credito privato, non contraddice alla esclusione della vera e propria espropriazione forzata dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, più che non suffraghi la tesi contraria.

E qui giova subito avvertire, che l'ammettere l'espropriazione forzata in questione, in virtù di un'ipoteca legale spettante ad un privato, considerando quella come l'effettuazione di un diritto reale di questo, non conduce menomamente ad ammettere del pari quella espropriazione in seguito ad un'ipo-

Digitized by Google

teca giudiziale, che il privato creditore abbia accesa su immobili patrimoniali delle persone pubbliche in discorso, in seguito a sentenza che abbia riconosciuto un suo credito personale in confronto delle medesime. Imperocchè, quantunque l'ipoteca giudiziale sia essa pure un' ipoteca legale, essa però tramuta in certa guisa il credito personale in un diritto reale, che non ha il suo fondamento nello stesso originario rapporto fra il privato creditore e la persona pubblica; che se l'ipoteca giudiziale si voglia ricondurre a un contratto, cioè al contratto giudiziale, ostano all' efficacia sua contro le persone pubbliche in quistione le stesse ragioni che ostano a quella dell' ipoteca convenzionale.

Rispetto a quest' ultima, era me parso dapprima di ravvisarvi (v. *Giurispr. ital.*, 1876. loc. cit.) una sostanziale analogia coll' ipoteca legale, ma fu questo un errore che ora debbo riconoscere. Imperocchè egli è vero bensì che in virtù dell' ipoteca un immobile viene ad essere nel medesimo tempo, benchè in diverso senso, oggetto del diritto di entrambi, il creditore e il debitore, ma fra l'ipoteca convenzionale, e l'ipoteca legale possibile nei rapporti fra persona privata e le persone pubbliche in discorso, vi ha questa differenza, che la seconda sorge nel creditore sulla medesima cosa che è oggetto del diritto che il debitore acquistò in confronto del creditore, oltre che nel medesimo tempo i due diritti sono surti. Imperocchè è facile avvertire che, come dei privilegi mobiliari, generali e particolari, ammessi dal Codice civile, i quali del resto sono semplici diritti di preferenza, non è possibile applicazione a favore di privati contro le persone pubbliche in quistione, se non rispetto a quelli contemplati dai num. 3, 4, 5, 7 dell' art. 1958, così non è possibile che il primo si giovi di altre ipoteche legali in confronto di quelle persone, fuorchè dell' ipoteca dell' alienante e di quella del condividente (articolo 1969, 1°, 2°). E appunto queste ipoteche hanno per oggetto lo stesso oggetto del diritto trasmesso al

Digitized by Google

debitore, il quale per conseguenza acquistò la cosa gravata d'ipoteca, e non potè acquistarla altrimenti. Or questa circostanza è decisiva del diverso giudizio che si deve fare circa l'efficacia dell'ipoteca convenzionale e dell'ipoteca legale rispetto a quelle pubbliche persone. La prima tende propriamente a spossessare queste persone di ciò che esse non solo hanno, ma che avevano prima di diventare debitrici; la seconda tende a spossessarle di ciò che non è, e non è stato mai oggetto del loro diritto, a far valere sull'oggetto ipotecato un diritto che nel creditore era sorto bensì contemporaneamente al primo, ma poziore di questo, appunto perchè ipotecato. Che per ragioni di ordine pubblico possa negarsi l'efficacia della prima ipoteca, può essere, ma che per ragioni di ordine pubblico si possa negare quella della seconda, è affatto inammissibile, perchè ciò sarebbe non soltanto sospender l'effetto di un diritto privato, ma togliere ad uno per locupletare un altro, la qual cosa neppur l'ordine pubblico può mai giustificare.

Vero è che le stesse difficoltà che in generale si adducono contro la espropriazione forzata di beni patrimoniali delle persone pubbliche in discorso, incontransi anche nella espropriazione in seguito alle ipoteche legali dianzi indicate. Si pensi per es. alla espropriazione di un edificio, addetto a scuola comunale, in virtù dell'ipoteca legale del venditore. Ma, lo ripeto, ben maggiore inconveniente sarebbe il locupletare una persona pubblica di ciò che si tolga ad un privato, anzichè soltanto subordinare le esigenze di questo alle convenienze di ordine pubblico di quella. Difficoltà sono del resto soltanto, invincibili bensì, ma non impossibilità, che si oppongono alla general tesi che io combatto, come in seguito renderò più chiaro. Non pochi giureconsulti infatti disapprovano l'istituto dell'ipoteca giudiziale, appunto perchè non trovano giustificato quel miglioramento della condizione del creditore, che essa racchiude. Ciò osservano p. es. quasi tutti i com-

Digitized by Google

mentatori del Codice civile austriaco, il quale è noto non ammettere ipoteca giudiziale.

Avendo così eliminato dall'oggetto dalla quistione ciò che propriamente non vi appartiene, essa viene a concernere soltanto quei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, e dei Comuni, che questi corpi morali non si sono obbligati per nissun titolo privato a consegnare a privati cittadini, nè sui quali questi cittadini hanno ipoteca di alienante o di condividente. Con questo però la quistione non è ancor posta così nettamente, come fa mestieri a chi voglia intenderla e trattarla secondo la sua vera importanza pratica, e rettamente risolverla.

La vera importanza pratica della quistione consiste, a parer mio, nell'applicazione di essa alle *rendite*, siano tributizie, siano di qualunque altro genere, dei corpi morali pubblici in discorso, anzichè agli altri beni patrimoniali, che questi corpi posseggano a modo de' privati e per titolo privato. Si tratta cioè di ammettere o di escludere principalmente l'espropriazione forzata a benefizio di privati creditori, sulle rendite che lo Stato, le Provincie, i Comuni adoperano onde sostenere le loro spese, e chi risolve affermativamente la quistione generale soltanto per riguardo ai *beni* patrimoniali, distinti dalle *rendite*, e dice il contrario quanto a queste ultime, non serve abbastanza, anzi molto imperfettamente serve la causa dei privati creditori, e milita piuttosto fra gli avversari che non tra i veri fautori di quella soluzione affermativa. Imperocchè ella è una mera eventualità che i corpi morali in discorso posseggano beni patrimoniali non consistenti in rendite, e propriamente in rendite tributizie, e più rara eventualità ancora è l'essere quei beni patrimoniali di così grande importanza da costituire una base alquanto rilevante del loro credito. Le imposte invece non possono mancare, e pur troppo noi altri Italiani sappiamo che, in virtù specialmente della così detta libertà comunale e provinciale, esse vengono spinte molto spesso fino al

Digitized by Google

massimo loro limite, di guisa che il gravissimo principio dell'espropriabilità coattiva dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, non potrebbe avere quella importanza per la sicurezza dei privati creditori di queste persone pubbliche, e molto meno esercitare quella salutare influenza sull'amministrazione comunale, che tanto vantano i fautori di quel principio, ove il medesimo non s' intendesse applicabile anzitutto e principalmente alle rendite che lo Stato, le Provincie, e i Comuni hanno destinato a coprire le loro spese, e che essi hanno incassato o devono incassare.

Entro ora nel vivo della quistione, e mi dichiaro oggi ancora ostinato partigiano della opinione che i creditori a titolo privato dello Stato, delle Provincie e dei Comuni *non possono* espropriare forzatamente i *beni patrimoniali* di nessuna specie, appartenenti a quelle persone pubbliche, onde pervenire al soddisfacimento dei loro crediti.

Ecco, nell'ordine in cui si succedettero nella mia mente, i pensieri e le ragioni che mi condussero a siffatta conclusione, dopo avere, s'intende bene, tenuto conto, più accurato che potei, delle ragioni *hinc et inde*, e tratto profitto dagli obbietti fattimi dagli avversari, correggendo anche talvolta in punti non essenziali qualche proposizione che avevo enunciato prima. Nella mia argomentazione però io non richiamerò che rare volte i singoli scrittori da cui dissento, sopratutto perchè gli stessi argomenti sono quasi tutti comuni ad essi tutti.

In tutte le questioni legali, e in questa più che in qualunque altra, il primo punto di partenza, il primo suggerimento intorno alla via da seguirsi, è dato dal senso comune, cioè dal senso pratico della giustizia e della convenienza. Pensando all' ipotesi d'un creditore d'una qualunque delle persone pubbliche in discorso, il quale, munito d'un titolo esecutivo, s'impossessi col mezzo d'usciere del danaro contenuto nella cassa pubblica,o di quello che ancor si trovi nelle mani dei terzi contribuenti, provo un'invincibile ripugnanza ad ammetterla. Ripu-

Digitized by Google

gnanza nascente dall'impossibilità di giustificare il disordine pubblico, di cui nella pratica può quel procedimento essere cagione, col riguardo al diritto, per quanto rilevante e rispettabile, del privato. Già molti scrittori hanno descritto coi più vivi colori, ed io non istarò a ripetere le disastrose conseguenze pratiche di cui quel principio sarebbe fonte, specialmente nelle vita comunale. Quella sentita ripugnanza non è adunque senza fondamento; essa è tanto fondata e giusta, quanto quella che ha sempre suscitato il celebre dettato: *fiat justitia et pereat mundus,* dettato in cui gli uomini di senno non hanno mai visto altro che una morale mostruosità ed impossibilità. Non vale di certo a togliere di mezzo quegli inconvenienti il riflesso dell'anonimo scrittore, più volte citato, che il Ministero può emanare mandati *provvisorii*, anche all'infuori del bilancio, in casi di *straordinaria urgenza*, e che casi di questo genere sarebbero appunto quelli di uscita di danaro dalle casse pubbliche in virtù di assegno fattone dal giudice ad un privato creditore. Imperocchè non è possibile che si riscontri una urgenza *straordinaria, impreveduta,* nel pagamento di un debito che fu oggetto di lunghe contestazioni fra lo Stato, o la Provincia, o il Comune da una parte, e il creditore dall'altra. Epperò io sono venuto a buon diritto nel proposito di non ammettere così fatta tesi, se non dopo essermi convinto che non si possa *a)* nè intendere e applicare altrimenti nel loro vero senso e spirito le positive disposizioni delle nostre leggi, siano civili siano processuali, *b)* nè trovare sufficiente appoggio in queste medesime leggi alla tesi contraria.

Ciò posto, la discordanza, avvertita sopra, fra gli stessi fautori dell'opinione contraria alla mia, fu per me un primo e forte motivo di credere che la verità non fosse dalla parte loro. Gli uni ammettono l'espropriazione forzata su tutti quanti i beni patrimoniali dei Comuni, comprese le rendite tributizie, altri ne eccettuano queste, altri ancora vi com-

Digitized by Google

prendono anche queste, ma alla condizione che sia interceduto fra lo Stato, la Provincia, il Comune da una parte, e il privato creditore dall'altra, un previo accordo intorno all'eventuale apprensione esecutiva delle rendite medesime. Il solo anonimo autore, più volte citato, vuole la più estesa applicazione del principio, e non fa distinzione fra rendite e beni patrimoniali. Cotale varietà d'opinioni significa, io mi son detto, che colla migliore volontà di questo mondo non è facile accettare in tutta la sua ampiezza il principio generale dell'espropriazione forzata dei corpi morali in discorso, e che gli avversari di questa tesi hanno sui partigiani della medesima il non lieve vantaggio di potere addurre contro di questi la contraddizione in cui parecchi di loro sono caduti. Contraddizione dico, perchè l'eccettuare alcuni fra i beni patrimoniali delle persone pubbliche in discorso dalla forzata espropriazione, o il far dipendere questa spropriazione da una condizione qualunque sconosciuta al Codice di procedura civile, è un negare che i principii generali di questo Codice intorno a tale materia si applichino in tutta la loro ampiezza egualmente a quelle persone ed ai privati, nel mentre pur si pretende affermare e sostenere il contrario.

Le ragioni poi, colle quali i fautori dell'espropriazione in quistione pretendono dimostrare che essa sia un'applicazione immediata, una conseguenza necessaria delle vigenti leggi intorno alla condizione giuridica delle persone morali pubbliche, mi sono sembrate tutt'altro che convincenti. Anche a me, come già ad altri giureconsulti, è parsa troppo precipitata l'illazione dalle *generali*, anzi *generalissime* locuzioni degli art. 2 e 1949 del Cod. civ., e dal *silenzio* degli art. 585 e seg. del Cod. di proc. civ., che dunque lo Stato, le Provincie, i Comuni debbano essere parificati del tutto ai privati nell'espropriazione forzata del loro patrimonio. L'art. 2 Cod. civ. invero, limita esso medesimo il principio che enuncia, riferendosi alle leggi di diritto pubblico, e questa limitazione, ge-

Digitized by Google

nerica e indeterminata anch'essa, è tutt'altro che idonea ad escludere differenze od eccezioni che altri volesse ammettere fra quella persone e i privati, per ragioni appunto di diritto e d'ordine pubblico. Che poi così gravi conseguenze, quali sono quelle provenienti dalla tesi che io combatto, e così lontane dagli effetti ordinari dell'applicazione delle leggi civili e processuali, le quali mirano a tutelar l'ordine pubblico, mentre quelle conseguenze risolvonsi invece in pubblico disordine, il legislatore abbia sottinteso e approvato col semplice silenzio, mi pare un' interpretazione di legge contraria ai più ovvii principii di questa materia, alla più elementare economia legislativa. Troppo semplice e spiccio sembraci siffatto modo d' argomentare, anche di fronte alla stessa dichiarazione di taluno di coloro che lo adoperano, che cioè in ordine alla presente quistione il vigente diritto italiano presenti una vera *lacuna*, come disse il compianto senatore Vacca *(loc. cit.)*, e che *de jure condendo* potrebbe essere più giusto l' escludere espressamente l' espropriazione forzata delle persone morali pubbliche, come affermò la Corte d' appello di Roma nella citata sua sentenza del 2 maggio 1873. Imperocchè non si riempie una *lacuna* della legge col considerarla come se non esistesse, e non è facile abbandonare *de lege lata* un principio che si ritiene giusto *de jure condendo*, se non dopo aver attentamente constatato e dimostrato che la legge positiva in cui quel principio non è enunciato, neppure vi possa essere condotta per via d'interpretazione. L'affermazione poi dei fautori dell'espropriazione in quistione, che i provvedimenti amministrativi, co'quali vengono assicurati i crediti dei privati verso lo Stato, le Provincie, i Comuni, possano coesistere coll'espropriazione medesima, e non siano del resto sicuri provvedimenti, come quelli che dipendono onninamente dalla lealtà della rappresentanza di quei corpi morali, sembrami precipitata, e non facile a giustificarsi. Imperocchè con egual

Digitized by Google

fondamento, ed anzi con maggiore, atteso il principio di ragione universale *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, si può invece asserire che appunto coll'avere introdotto quei provvedimenti amministrativi, il legislatore, al cui silenzio si vuol dare così inaudita importanza ed eloquenza, abbia inteso che in altro modo i privati creditori delle persone morali pubbliche non potessero aver ragione di queste persone. Che, se della sufficienza delle leggi amministrative ad ottenere uno scopo qualunque che esse si propongono, si può dubitare, non è lecito però attribuire questo dubbio medesimo al legislatore, e farne argomento onde interpretare la di lui volontà. Il legislatore ha certamente contato sulla bontà dell'organismo amministrativo da lui adottato, una volta che ha affidato al medesimo la tutela e la gestione d'*interessi* ben più rilevanti di quello che siano i diritti di credito dei privati verso lo Stato, le Provincie e i Comuni (1).

Non fu quindi l'espropriazione in quistione dimostrata fi-

---

(1) L'avvocato Baisini nel suo ricorso al Tribunale di 3ª istanza nella causa da questo decisa nella mentovata sentenza (v. *Monitore dei Tribunali*, 6 maggio 1866) trova contraddizione fra l'obbligo dello Stato di subire la giurisdizione dei tribunali ordinari nelle sue controversie di indole privata, e la sua esenzione dalla esecuzione forzata della sentenza che lo condanni. Io non iscorgo tale contraddizione, una volta che la sentenza medesima potrà appunto servire di fondamento alle autorità amministrative onde procedere al pagamento nei modi additati dalle leggi amministrative. E l'anonimo scrittore del *Monit. dei Trib.* trova che l'opinione contraria alla sua costituisce gratuitamente una *presunzione di solvibilità* a favore dello Stato. Ma prescindendo dal riflesso che la esecuzione coattiva non aumenta la *solvibilità* di nessun debitore, io rispondo che in fin dei conti tutto il meccanismo costituzionale riposa sulla presunzione che ciaschedun potere politico funzionerà a dovere. Or bene, gli è appunto un po' di questa presunzione che viene a suffragio della mia tesi, la quale è in sostanza anche una tesi di diritto costituzionale. Del resto, lo stesso potere giudiziario trova forse in sè medesimo esclusivamente tutte le guarentigie della sua efficacia costituzionale?

Digitized by Google

nora, ne può essere dimostrata conseguenza necessaria e sicura dei principii espressamente contenuti nelle vigenti leggi civili e processuali; vi ha certamente in proposito una *lacuna* nel vigente diritto positivo, cioè il legislatore non si è proposto, non ha neppure pensato al subbietto di cui ora si discute, e questa lacuna vuol essere riempita con un metodo interpretativo, molto men semplice di quello adoperato dai fautori di quella tesi. Rimane ora a ricercare se sia possibile dare sufficiente appoggio alla tesi contraria, sola conforme al comun senso del giusto e della pratica convenienza, con metodo intepretativo e con principii di diritto, ammessi dalla vigente legislazione.

Se io non m' inganno, questo metodo e questi principii esistono, e propriamente nelle stesse dottrine fondamentali del nostro diritto civile.

E di vero, cominciando dal subbietto, che ho detto sopra essere meno rilevante nella disputa attuale, onde rivolgere poscia tutta l'attenzione al più rilevante, mi pare manifesta l'inammissibilità dell'espropriazione in questione rispetto ai beni patrimoniali consistenti in immobili, o in capitali, o in cose mobili infruttifere, che le persone morali pubbliche posseggono a modo dei privati, solo che si pensi alle condizioni della loro commerciabilità.

Non sono certamente nell' ordinario commercio i beni in discorso benchè siano alienabili, perchè non possono essere alienati nè ipotecati senza il consenso d'*autorità pubbliche*, che sono autorità tutorie delle persone morali a cui appartengono, organi complementari della rappresentanza di queste onde porre in essere tali atti. Ma se non sono nell'ordinario commercio, come potranno quelle cose essere apprese da un creditore col ministero del giudice? Non può certamente il giudice ordinare alle rappresentanze dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, di consegnare, e alle autorità tutorie o complementari di quelle persone, di approvare che si consegnino beni appartenenti alle

Digitized by Google

prime onde vengano espropriati, cioè alienati, mentre quelle persone e autorità sono sole competenti ad autorizzare la alienazione, e possono quindi anche rifiutarvisi. La procedura d'espropriazione dovrebbe quindi necessariamente arrestarsi in sui bei primi passi, frapponendosi fra gli oggetti da espropriarsi, e il potere giudiziario e gli agenti esecutivi da lui dipendenti, la competenza di autorità amministrative, indipendenti dall'autorità giudiziaria. È un importante riflesso codesto, sul quale è necessario insistere.

Che l'autorità giudiziaria possa costringere, all'uopo col ministero della forza pubblica, una persona pubblica qualunque a lasciarsi spossessare di un bene patrimoniale onde soddisfare un debito, per quanto indiscutibile e liquido ed esigibile, io reputo tesi ripugnante a dirittura alle testuali disposizioni delle nostre leggi intorno ai rapporti fra le autorità giudiziarie e le autorità amministrative.

A che si parlerebbe d'indipendenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa, come mai si direbbe la nostra legislazione ispirata da questo principio, se la prima di quelle autorità potesse non già comandare o vietare alla seconda un atto qualunque, ma eseguire o fare eseguire direttamente il comando o il divieto dentro la stessa propria sfera d'azione della seconda? E non sarebbe precisamente un invadere la propria sfera dell'amministrazione provinciale o comunale, l'impossessarsi di esse custodite nei magazzini, o di danari chiusi nelle casse comunali o provinciali, o il mettere all'asta e l'aggiudicare uno stabile patrimoniale, comunale o provinciale, sia pure pel ragionevole scopo di dare effetto ad una sentenza e di estinguere un debito? Se queste non sono invasioni della propria sfera d'azione comunale e provinciale, se questo non è disconoscere il gran principio della mutua indipendenza delle due autorità giudiziaria e amministrativa, io non so davvero quando mai si potrà sul serio parlare di cose tali, e qual valor pratico rimanga a quel gran principio, che

Digitized by Google

pure è base e spirito della nostra legislazione, sia giudiziaria sia amministrativa.

Più specialmente l'art. 4 della *legge sul contenzioso amministrativo* ripugna alla tesi che io combatto.

Questo articolo dice che l'autorità giudiziaria non può *rivocare* nè *modificare* gli atti amministrativi, ma soltanto può conoscere degli effetti (civili) di questi atti, e che a questa pronunzia giudiziaria dovranno poi da sè medesime, sopra ricorso, uniformarsi le autorità amministrative. Ora non è egli un atto amministrativo, negativo bensì, anche il rifiutarsi una provincia od un comune a pagare un debito, ad eseguire una sentenza che li condanna a tale pagamento? E non sarebbe egli qualcosa più che rivocare un atto amministrativo, non sarebbe egli un disconoscere affatto l'atto amministrativo della Provincia o del Comune, che consistesse nella deliberazione di non dar seguito ad una sentenza che lo condannasse a pagare, il dare opera il giudice medesimo, che ha pronunziato la sentenza, a fare apprendere cose della Provincia o del Comune senza il concorso e contro la volontà di questi? Non è precisamente l'opposto del *conformarsi le superiori autorità amministrative al giudicato dei tribunali*, il far questi eseguire il giudicato contro l'autorità amministrativa inferiore, senza bisogno di ricorso a tal uopo del creditore vittorioso alle autorità amministrative superiori?

Se io non m'inganno, l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo addita il vero procedimento che deve tenere chi abbia conseguito una sentenza di condanna contro lo Stato, la Provincia, il Comune. Allegando questo documento, egli deve ricorrere alla superiore autorità amministrativa, affinchè questa provveda al pagamento nelle vie e forme statuite dalle leggi amministrative. Qual differenza vi può essere circa il procedimento da tenere per conseguire da una persona pubblica il pagamento, a cui questa venne condannata per motivo di un debito occasio-

Digitized by Google

nato da un atto amministrativo, e quello da seguire per ottenere dalla persona medesima il pagamento a cui questa venne condannata per un debito proveniente da un vero e proprio negozio giuridico-privato? Non certo l'art. 4 più volte mentovato può addursi a giustificare differenza nè distinzione alcuna fra queste due specie di casi.

Che se si volesse limitare l'espropriazione forzata contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, ai soli beni patrimoniali distinti dalle rendite, od anche a quelli soli di tali beni, che non fossero destinati a pubblico uso, introdurrebbesi anzitutto una disparità di trattamento fra Comune e Comune, veramente ingiusta e intollerabile. Imperocchè quantunque la maggior parte dei Comuni abbiano per principale risorsa economica le rendite tributizie, ve ne hanno però, come ho già notato, alcuni i quali vivono esclusivamente di proprietà possedute a titolo privato, come sarebbero miniere, torbiere, cave comunali. Questi Comuni potrebbero quindi venir messi a soqquadro dall'espropriazione, mentre tutti gli altri ne andrebbero esenti, o poco danno ne soffrirebbero.

Ma che cosa poi otterrebbesi con quella limitazione, fuorchè dare alle persone pubbliche in questione, ai Comuni in ispecie, un mezzo facile onde eludere lo stesso principio che si vuole sostenere e che si ha l'aria di propugnare? Data la giurisprudenza della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze nelle citate sentenze del 1889, che cioè un bene patrimoniale comunale vada esente da espropriazione forzata, anche se destinato all'uso pubblico di un'altra persona pubblica, p. es. dello Stato, riesce facile ad un Comune procacciarsi questa esenzione, magari alla vigilia dell'incanto, facendo una locazione collo Stato o colla Provincia in ordine ad un servizio pubblico di questi (1).

---

(1) Non è del resto per sè medesima ammissibile la detta giurisprudenza della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze.

Digitized by Google

Venendo ora alle rendite, siano tributizie, siano di qualunque altro genere, in cui principalmente e ordinariamente consistono le risorse patrimoniali degli enti pubblici in discorso, mi sembra pure non difficile giustificare, in modo consentaneo al vigente diritto civile, e quindi idoneo a riempiere l'accennata lacuna di

---

Ne conviene anche l'avvocato erariale L. Righetti. Che cioè si possa annoverare fra i beni pubblici un bene patrimoniale, a chiunque appartenente, solo perchè di fatto viene adoperato per servizio pubblico, quand'anche ciò accada in seguito ad un contratto fra l'ente pubblico e il proprietario di quello, parmi tesi ripugnante allo stesso concetto dei *beni pubblici*. Questi s'intendono tali per l'indole loro, che non esistono cioè se non colla destinazione di servire a pubblico uso, e che questa destinazione non possono mai perdere; la perpetua destinazione pubblica, per ciò inerente ad essi e immedesimata con essi, è carattere immancabile ed essenziale di quei beni. E s'intende destinazione a vantaggio dello stesso ente pubblico a cui appartiene. E però nel caso deciso dalla Corte di Lucca e dalla Cassazione di Firenze, sorge spontanea la domanda, se il Palazzo Pretorio di Pisa, affittato dal Comune allo Stato, e dichiarato esente da espropriazione, perchè addetto a pubblico uso, sia bene pubblico del Comune o dello Stato. E a questa domanda le dette sentenze non danno risposta. Afferma la Cassazione di Firenze che la menzione dell'uso pubblico nell'art. 432 cod. civ. non esclude che vi siano beni pubblici delle provincie e dei comuni corrispondenti, per analoga destinazione, ai beni del demanio pubblico dello Stato (art. 427). Ed è questa una giusta osservazione; ma al demanio pubblico comunale e provinciale non possono appartenere beni che non servono direttamente e stabilmente a scopi pubblici delle provincie e dei comuni, come a scopi pubblici dello Stato servono in quel modo i beni del demanio dello Stato. Ed anche convengo colla Cassazione di Firenze che il ricavare lo Stato, le provincie, i comuni qualche lucro annuo da beni loro, non basti a fare ascrivere questi beni fra i semplicemente patrimoniali. Onde per es. un canale navigabile è bene pubblico demaniale dello Stato, e non patrimoniale, quantunque sia oggetto di concessioni d'acqua. Ma, come appunto questo esempio dà a divedere, egli è necessario che il ricavarne un lucro annuo non sia l'uso ordinario ed esclusivo di un bene appartenente ad uno di quegli enti pubblici, affinchè lo si possa altrimenti considerare che come soltanto patrimoniale. E tale è appunto il caso del Palazzo pretorio di Pisa; il Comune non lo tiene che per affittarlo allo Stato per uso di uffici pubblici dello Stato.

Digitized by Google

questo diritto, la ripugnanza invincibile del senso comune ad ammettere l'espropriazione forzata di quelle rendite a benefizio di creditori a titolo privato.

Imperocchè l'art. 3 del tit. prel. del Cod. civ. statuisce che, allorquando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si debba aver riguardo alle disposizioni concernenti *casi simili* o *materie analoghe*, e, non bastando questo sussidio, si debba ricorrere a'*principi generali di diritto.* Or bene, giusta e stringente mi pare l'osservazione del Luchini, che, di fronte alle eccezioni già fatte dal Codice di procedura civile, al diritto di espropriare forzatamente il debitore, non si possa non reputare consentaneo allo spirito di quel Codice l'estendere codesta esenzione, per motivi della stessa natura e di maggior gravità, anche alle rendite tributizie dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, la cui espropriazione forzata non potrebbe accadere senza perturbare e sconvolgere l'amministrazione e la vita di quelle pubbliche istituzioni. Ma più ancora dell'analogia del Codice di procedura, mi sembra che l'autorità dei principii generali del diritto autorizzi ad assumere nella presente quistione quale principio del *gius* civile italiano, benchè nessuna legge lo sancisca espressamente, il suggerimento del senso comune. E di vero, nessuno vorrà non ritenere principio *generale,* anzi *fondamentale* dell'universo diritto, che il gius privato debba rimanere subordinato al pubblico, tutte le volte che sorga conflitto, come appunto accade nella quistione attuale, fra l'uno e l'altro. Ciò che i Romani dicevano « non potere il gius pubblico venire immutato nè derogato dalle private pattuizioni », non era che una parziale applicazione di quella generale verità. Ed ora può egli darsi più evidente e più grave conflitto di tal genere, di quello che sorge fra il *diritto* del *privato* creditore, di mettere a soqquadro lo Stato, la Provincia, il Comune, apprendendone e distraendone le rendite destinate a coprirne le spese, e il *diritto pubblico*, il quale esige che l'amministrazione erariale,

Digitized by Google

provinciale, comunale, proceda ordinatamente a'propri pagamenti, assegnando nell'annuale bilancio i fondi corrispondenti alle singole spese, e non distogliendo quei fondi dalla destinazione che essi hanno avuta nei relativi capitoli del bilancio? Dunque egli è fuor di dubbio che la grave quistione, cui questo conflitto dà occasione, e che il legislatore non ha decisa, deve decidere il giudice in sua vece e nome, dipartendosi appunto dal principio che il diritto privato è subordinato al pubblico, e conseguentemente negando al privato creditore l'espropriazione forzata delle rendite dello Stato, della Provincia, e del Comune. E il giudice può essere persuaso che il legislatore non avrebbe diversamente definito il caso in quistione, se vi avesse pensato. Non saprebbesi davvero immaginare più acconcia occasione di ricorrere ai *principi generali di diritto*, per definire un *caso dubbio*, nè principio giuridico *generale* più appropriato a risolvere un caso di tal genere. Gratuita affatto e inammissibile è l'asserzione degli avversari che siffatta eccezione ai principii generali del diritto procedurale non possa ammettersi che in virtù di una espressa disposizione del legislatore, la quale non esiste.

L'illustre Pescatore, che pure è in tesi generale contrario all'espropriazione delle rendite tributizie dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, ritiene però che, per eccezione, tale espropriazione possa ammettersi, ove quelle persone abbiano espressamente dato in garantia le loro rendite a privati creditori. E veramente si leggono non di rado anche nei pubblici fogli inviti di Municipi a sottoscrivere a prestiti in loro favore colla espressa clausola « che il prestito sarà garantito da tutte le proprietà e *rendite* comunali ». Ma io ho sempre ritenuto che codesta clausola fosse un vano discorso, per ciò che riguarda il conferimento di un concreto diritto di priorità su quei beni, e non fosse altro che una ripetizione di ciò che si legge nell'art. 1969 del Cod. civ., che cioè i beni del debitore sono la garantia de'creditori. Imperocchè egli è

Digitized by Google

fuor di dubbio che se il creditore d'un Municipio viene a capo del suo credito, ciò non può essere se non perchè i beni del Comune, cioè le sue proprietà o le sue rendite, vengono adoperate onde soddisfarlo. Nessun diritto sulle rendite erariali, provinciali, comunali, può a mio avviso conferirsi per contratto ai creditori dello Stato, della Provincia e del Comune. Se invero la forzata esecuzione su queste rendite è inammissibile, come sopra ho dimostrato, per la natura dell'obbietto, per il conseguente intollerabile conflitto in cui verrebbe a trovarsi il gius privato col pubblico, come mai potrà valere un patto, che a quella inammissibile esecuzione condurrebbe? Non è questo il caso d'invocare il dettato: *privatorum conventio juri publico non derogat?* (L. 45, § 1, D. *De reg. jur.*).

Per verità il Pescatore non dichiara il motivo per cui ritiene inammissibile l'espropriazione forzata delle rendite tributizie, fuor del caso d'espressa pattuizione. Egli è però lecito desumere dall'insieme delle sue dottrine che quel motivo è la *pubblica destinazione* di quei beni, destinazione da cui egli fu condotto, come sopra si è veduto, ad esimere dall'espropriazione forzata anche certi edifizi, e certe cose mobili spettanti al patrimonio erariale, provinciale, o comunale. Se ciò è, sembrami che il Pescatore cada, senza accorgersi, in contraddizione con sè medesimo (*sit venia verbo*), escludendo che il contratto possa far sottoporre ad espropriazione forzata quegli edifizi, e quelle cose, e non dicendo lo stesso rispetto alle rendite tributizie, che hanno la medesima destinazione delle prime.

Ma se l' opinione da me propugnata rispetto alle rendite dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, non mi pare scossa per nulla dall'obbietto del Pescatore, nel caso da lui configurato, essa è invece validamente suffragata in ogni caso, rispetto alle rendite tributizie in particolare, dal disposto del Regolamento sulla contabilità dello Stato, approvato con R. decreto 13 dicem-

Digitized by Google

bre 1863. Questo regolamento esclude espressamente dalle private contrattazioni tutte le contribuzioni dirette ed indirette dello Stato. Ora ciò che vale per lo Stato, vale anche per le Provincie e i Comuni, essendo noto che il Codice civile distingue cogli stessi criteri le varie specie di beni spettanti a tutte quelle persone morali pubbliche (V. art. 426, 428, 432). Oltracciò, osservava giustamente il Procuratore Generale Miraglia nelle sue conclusioni davanti alla Cassazione di Firenze nella causa Luchi — Comune di Firenze *(Giur. it. XXXI, 1, 241)*, che la legge 27 marzo 1871, autorizzando il governo del Re ad accettare delegazioni comunali sugli esattori, a saldo di arretrati del dazio consumo, suppone manifestamente non essere lecito ai Comuni dare guarentigia contrattuale ai loro privati creditori sui ricavi futuri dei comunali tributi.

Si potrà egli forse tentare una distinzione fra le rendite provenienti da tributi, e quelle ricavate da beni patrimoniali non affetti da pubblica destinazione, come potrebbero essere case, terreni, e ritenere non soggette a espropriazione forzata le prime, e soggette invece le seconde, come dichiararono la Cassazione di Roma 19 giugno 1876, la Corte di Genova 22 maggio 1876, la Corte di Catania 2 maggio 1876, 22 luglio 1875, la Cassazione di Napoli 5 giugno 1876, la Corte d'appello di Napoli 27 aprile 1874, e la Corte d'appello di Roma 2 maggio 1873?

Nè certamente, imperocchè anche le rendite della seconda specie, una volta iscritte nel bilancio attivo, per es. comunale, non si possono distinguere dalle tributizie quanto alla loro destinazione, che è pubblica di sua natura, cioè il funzionamento della persona pubblica in ordine a tutti gli interessi pubblici che dalla legge le sono affidati.

Tali sono le ragioni, desunte dall'interpretazione delle nostre leggi di ordine privato, e dai canoni fondamentali del nostro diritto pubblico, che mi hanno convinto e mi convincono dell'insostenibilità della tesi della espropriabilità in via esecutiva

Digitized by Google

dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni siano essi terre o case, o siano rendite di qualsivoglia specie. Riflettasi quì poi che, attesa la indissolubile colleganza fra rendite patrimoniali e beni patrimoniali, la esclusa espropriazione forzata rispetto alle rendite è di per sè sola un gravissimo argomento contro quella dei beni patrimoniali degli enti pubblici in discorso. Imperocchè può egli concepirsi che si espropri per esempio un podere fruttifero spettante a un Comune, e in pari tempo ne rimangano intangibili le rendite iscritte nel bilancio attivo comunale?

Io non dò invece nessuna importanza ai soliti argomenti estrinseci, coi quali viene propugnata la stessa mia tesi.

Per esempio, quel massimo argomento di tal genere, che sarebbe l'impotenza del potere giudiziario a vincere la resistenza delle autorità amministrative erariali, provinciali, comunali alle sue ingiuzioni esecutive, mi sembra implicare una gratuita supposizione, ed una petizione di principio, benchè in tal guisa ragionino anche il Tribunale di 3ª istanza di Milano nella mentovata sua sentenza, e il Loasses nella citata sua monografia. Ogni qual volta l'autorità giudiziaria non esca dalla sua naturale competenza nel fare una qualunque ingiunzione alle rappresentanze dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, considerate come persone private, non è supponibile affatto che quelle rappresentanze o autorità amministrative non abbiano ad obbedire. L'ordine costituzionale riposa in ultima analisi sulla spontanea osservanza delle leggi e sulla forza dell'opinione, più che sulla forza materiale. Se non si potesse e non si dovesse supporre, e con sicurezza aspettare, la spontanea sommissione delle autorità amministrative alle giudiziarie nei suddetti casi, non si potrebbe, fra le altre cose, neppure ammettere la possibilità di controversie e provvedimenti possessorii fra i privati e gli enti morali pubblici in discorso, considerate come persone private, la quale com-

Digitized by Google

petenza è noto essere pacifica nella giurisprudenza di tutti i popoli civili. D'altra parte nelle stesse esecuzioni intraprese dal potere giudiziario contro private persone, il concorso della forza pubblica, ove faccia mestieri, ottiene il potere giudiziario di certo per spontanea adesione del potere amministrativo, e non già per virtù di una coazione che egli possa esercitare su di questo; di guisa che, ove stesse l'addotta argomentazione, non vi sarebbe mai luogo a discorrere di espropriazione forzata, e in generale di forzata esecuzione, come di un effetto proprio e sicuro delle giudiziali pronunzie.

Se completo non è il mio inganno, il principio che i creditori dello Stato, delle Provincie, dei Comuni non possano espropriare forzatamente i beni patrimoniali di queste persone morali, concilia nel più soddisfacente modo il diritto civile col diritto amministrativo, e mette in armonia fra di loro le stesse varie disposizioni del Codice civile, che possono avere attinenza col commercio giuridico privato di quelle persone morali.

Imperocchè gli art. 2 e 1949 del Cod. civ. conservano il loro valore di fronte alle persone morali pubbliche in discorso come di fronte ai privati, ad onta che le prime non si possano, come le seconde, forzatamente espropriare dal potere giudiziario, anzichè dalle autorità amministrative da cui dipendono, e nei modi additati dalle leggi amministrative. Anche la competenza dei tribunali giudiziari a condannare quelle persone pubbliche al soddisfacimento dei loro creditori uguaglia le medesime ai debitori privati. Ma d'altra parte, arrestandosi quella competenza davanti all'espropriazione di quelle persone pubbliche, assume l'aspetto di non superfluo provvedimento, di non inutile duplicazione di guarentigie del creditore privato, quello speciale procedimento che le leggi amministrative hanno predisposto onde costringere lo Stato, le Provincie, i Comuni a pagare i loro debiti. E non solo non

Digitized by Google

diventa superfluo questo procedimento, ma neppure viene frainteso e offeso lo spirito delle stesse leggi di procedura civile intorno all'espropriazione forzata, in quanto queste leggi tengono conto di riguardi d'ordine pubblico collegati concorrenti col rispetto dei diritti privati. L'applicazione del diritto comune viene a cessare nel caso in quistione propriamente in quel punto in cui il diritto del privato prevarrebbe al diritto pubblico, e cessa non già col lasciare del tutto indifeso il diritto del privato, ma coll'imporre a quest' ultimo il solo sacrifizio di aspettare più lungamente il suo soddisfamento, di quello che se il debitore fosse un privato cittadino egli pure. Sacrificio cotesto, da non riputarsi soverchio, ove lo si confronti collo scopo a cui serve. (1)

Nè la tesi da me propugnata urta menomamente contro nessun principio del diritto civile, che sarebbe applicabile agli enti pubblici in discorso, considerati come persone private, debitrici a titolo privato. Imperocchè è pure un principio del diritto civile, suscettibile di tale applicazione, che chi contrae con un altro, non deve essere ignaro della condizione di colui con cui contrae. Ora chi contrae collo Stato, colle Provincie, coi Comuni, sa benissimo anticipatamente che queste persone non hanno interesse, nè possibilità giuridica di non pagare i loro debiti, e neppure possono pagare se non nella misura delle loro entrate e dei loro bilanci annuali. Anche è vero, per diritto civile, che lo Stato, le Provincie, i Comuni, considerati come persone private, non sono sottoposti a tutte le leggi del diritto civile patrimoniale. Essi non possono, per es., venire nè interdetti, nè inabilitati, nè avere eredi, ecc., e ciò basta perchè non si possa dire che, rivestendo essi la qualità di private persone, debbano ne'loro rapporti di privato diritto

---

(1) Lo stesso anonimo scrittore più volte citato, consentirebbe a prolungare i termini esecutivi fra il privato esecutante e la persona pubblica debitrice.

Digitized by Google

venir trattati totalmente come i privati cittadini, anzichè godere di una posizione speciale o eccezionale, dovunque la natura delle cose lo richiegga, senza offendere menomamente il diritto civile.

E finalmente la tesi da me propugnata ha per sè la quasi totale pratica inconcludenza della tesi contraria. Imperocchè, negata l'esenzione dalla espropriazione forzata rispetto ai beni patrimoniali, aventi pubblica destinazione, rispetto alle rendite d'ogni genere, patrimoniali o tributizie, degli enti pubblici in discorso, e resa inutile rispetto a quelli stessi beni patrimoniali, che a pubblico uso destinati non sono, ma i cui redditi figurano nel bilancio attivo dei medesimi, a che cosa riducesi praticamente l'utilità della tesi che io ho combattuta? Lo confessa lo stesso già citato avv. erariale Righetti, che pur milita nel campo contrario al mio: a mobili fuori d'uso, destinati ad essere venduti, a ricavi d'eventuali eredità, *et quidem* eredità lasciate senza condizione di pubblico uso, a proventi di azioni di risarcimento e di multe, a immobili rivendicati dopo molto tempo di cessato possesso e godimento; tutte risorse patrimoniali codeste, meramente eventuali, e, sia per questa eventualità, sia per la tenuità loro, sproporzionatissimi e quasi irrisorî mezzi di soddisfacimento pei creditori di tanti Comuni fortemente indebitati. Aggiungerebbe il Righetti le rendite patrimoniali degli anni futuri, e questa aggiunta sarebbe per verità non insignificante, ma, appunto perchè tale, essa è tutt' altro che facile ad ammettersi, essendo ovvio che, per la stessa ragione per cui il Righetti medesimo ammette che non si possano apprendere le rendite patrimoniali già descritte nell'attivo del bilancio, cioè per la ragione che, altrimenti, verrebbesi a imbarazzare grandemente, e in parte sospendere la vita amministrativa degli enti pubblici in discorso, neppure si può facilmente ammettere che quel tristissimo risultato sia lecito cagionare in avvenire mediante sequestro delle rendite patrimoniali future.

Digitized by Google

Non voglio però lasciare questo tema, senza dichiarare che sarebbe utile cosa venissero anche in Italia, come lo furono in Francia, e nel già regno delle due Sicilie, adottati speciali provvedimenti amministrativi onde assicurare ai privati creditori delle pubbliche persone, e specialmente dei Comuni, un pronto soddisfacimento dei loro diritti verso i medesimi. In questa guisa, oltre al fare giustizia, gioverebbesi specialmente al credito dei Comuni, e in pari tempo contribuirebbesi indirettamente a render questi meno corrivi a indebitarsi, e ad esporsi a fallimento, dal quale è poi costretto lo Stato a salvarli, e di fatto più d'una volta in Italia li salvò, benchè non sia questo per verità ufficio e dover suo.

Digitized by Google

Della universalità del giudizio di fallimento.

È una delle più gravi e dibattute questioni nella giurisprudenza nostra, e anche nella scienza del diritto internazionale privato, se il fallimento, dichiarato in estero Stato, di una ditta, la quale abbia una sede o succursale nello Stato nostro, qui riconosciuta come tale, cioè come una mera dipendenza della casa madre situata all'estero, tragga seco o no anche il fallimento di questa casa succursale, e se la procedura di fallimento, iniziata e proseguita nell'estero Stato, involga o no anche i beni situati nel nostro Stato.

La corte di Genova rispose negativamente in una sentenza 11 febbraio 1886 (*Eco di Giurispr. comm.*, 1886, p. 49), e in altra 25 ottobre 1891 (*Giur. it.*, 1892, 2, 200), e lo stesso ritennero la corte d'Appello di Torino, 27 luglio 1866 (*Giur. tor.*, III, 261), 5 marzo 1866 (*Giur. it.*, XVIII, 2, 70), 27 luglio 1866 (*Giur. tor.*, III, 361), la Cass. di Torino, 13 aprile 1867 (*Annali di giurispr.*, I, 1, 215), e 29 aprile 1871 (*Giur. it.*, XXIII, 1, 262), il Tribunale di commercio di Milano, 30 giugno 1876 (*Mon. trib.*, XVIII, 49). In tutti questi giudicati è professata la massima che tanti sono i fallimenti, quanti sono gli Stati, nei quali il fallito esercita il suo commercio.

Ma la massima parte dei giudicati italiani risolve affermativamente la detta quistione, rispetto ai beni mobili; discordano invece rispetto ai beni immobili. Ed anche non sono concordi sul punto se, affinchè la dichiarazione di fallimento, pronunziata in estero Stato, produca tutti i suoi effetti in Italia, sia necessario o no che essa venga previamente dichiarata esecutiva in Italia, secondo il disposto dell'art. 941 del

Digitized by Google

codice di procedura civile. Che non sia necessaria la dichiarazione d'esecutorietà, decisero: corte di Genova, 5 aprile 1875 (*Giur. it.*, XXVII, 2, 634) e 13 luglio 1883 (*Eco di giurispr. comm.*, 1883, p. 250), corte di Milano, 5 novembre 1869 (*Mon. trib.*, XI, p. 105), 8 maggio 1877 (*ibid.*, XIX, 443), 6 dicembre 1876 (*ibid.*, XVIII, 491), 14 dic. 1891 (*ibid.*, XXXIII, 169), corte di Brescia, 1° agosto 1871 (*Ann. di giur.*, V, 2, 575). Quest'ultima sentenza però accetta quella tesi relativamente soltanto ai beni mobili del fallito in Italia. Che sia necessaria la dichiarazione di esecutorietà, ritennero invece: corte d'Appello di Torino, 13 agosto 1870 (*Giur. tor.*, VII, 608), 6 dicembre 1871 (*Giur. ital.*, XXIII, II, 834) corte di Genova, 16 sett. 1878, 18 giugno 1877, Cassazione di Torino, 13 maggio 1867 (*Giur. it.*, XIX, 1, 268), corte d'Appello di Napoli, 4 maggio 1868 (*Ann. di giur.*, II, 2, 167), corte d'appello di Roma, 15 giugno 1882 (*Rass. di dir. comm.*, I, 41), Corte d'appello di Firenze 11 settembre 1889, corte di Brescia, citata, rispetto ai beni immobili del fallito in Italia.

Sono anche differenti le premesse dei fautori e degli avversari del giudizio di delibazione della dichiarazione estera di fallimento. Come in seguito renderò più chiaro, taluni vogliono questo giudizio, dopo avere premesso che la procedura di fallimento attiene all'ordine giuridico reale, e altri lo escludono, dopo avere premesso che quella procedura attiene invece all'ordine giuridico personale. Vi hanno però anche fautori di questa seconda premessa, i quali esigono non ostante il giudizio di delibazione e la dichiarazione d'esecutorietà dell'estera dichiarazione di fallimento. Ma tutti quanti sono poi concordi nel volere l'universalità del giudizio di fallimento, rispetto ai beni mobili in particolare, che sogliono anche costituire la parte personale della massa commerciale; e questa universalità, assunta come postulato categorico della ragione, è il vero movente, la vera ultima e più efficace premessa a tutti comune.

Digitized by Google

È un vero peccato che il nuovo codice di commercio non abbia risoluta la grave questione, come lo sperava il bravo consigliere Bertolini (V. *Mon. dei trib.* XVIII, p. 30).

Intanto egli è bene che la quistione venga attentamente studiata dal maggior possibile numero di giuristi; epperò dirò anch'io ciò che ne penso.

Sono anch'io d'opinione (*Foro it.*, 1890, 1, 358) che il giudizio di fallimento, aperto e avviato in uno Stato estero, non possa produrre nessun effetto sui beni del fallito, mobili e immobili, situati in Italia, quantunque l'azienda mercantile del commerciante estero in Italia sia una dipendenza, un annesso dell'azienda principale situata nell'estero Stato; ed io non credo affatto che il contrario sia possibile in virtù della esecutorietà data in Italia alla dichiarazione di fallimento pronunziata in estero Stato. Ecco la tesi che mi accingo a dimostrare.

Il primo impulso a pensare che la procedura di fallimento, aperta nel domicilio del fallito, possa essere estesa a tutti gli Stati, dove il fallito ha beni, è il desiderio che ciò sia, il quale è al certo un giusto desiderio. Imperocchè, se il fallimento della principale casa non trae seco necessariamente anche quello delle sedi succursali in esteri Stati, potrà accadere che di queste succursali si abbia o non si abbia luogo di far dichiarare il fallimento negli Stati in cui si trovano, secondo che anche in questi Stati si avveri o non si avveri cessazione dei pagamenti. Nel primo caso, lo svolgersi contemporaneamente due o più procedure di fallimento contro lo stesso debitore in Stati diversi, trarrà seco molte difficoltà, e anche gravi inconvenienti, massimo dei quali il limitare alle risorse locali delle sedi, o case succursali, la guarentigia dei creditori di queste sedi, i quali in realtà hanno voluto e inteso fin da principio calcolare su tutte quante le attività del fallito. Nel secondo caso sarà possibile al debitore di farsi dichiarare fallito nel luogo del suo domicilio, dopo aver sottratto le proprie

Digitized by Google

attività ai creditori di questo paese, trafugandole nel paese estero, od anche potrà questo trafugamento operare dopo la avvenuta dichiarazione del suo fallimento. Nell'una ipotesi e nell'altra le conseguenze pratiche della *non unicitá* o *non universalità* del fallimento in tutti quanti gli Stati dove il fallito abbia beni, sono certamente funeste al commercio internazionale, e ripugnanti affatto alla predominante e manifesta tendenza delle nazioni civili odierne a formare, nel commercio appunto e anzitutto, una società sola, basata sulla uniformità degli usi e delle leggi, e della loro applicazione.

Ma per essere per ogni verso commendevole e desiderabile la efficacia della procedura di fallimento in tutti gli Stati in cui il fallito possiede beni, ne consegue egli senz'altro che codesto principio si debba potere dalla giurisprudenza pratica adottare, non ostante che la legge non l'abbia espressamente proclamato?

È questa la quistione, e coloro che la risolvono affermativamente, soltanto perchè il legislatore espressamente non sancisce il contrario, e perchè codesta soluzione risponde al voto della scienza, mi sembrano correr troppo. Essi non si domandano se, per avventura, tacendo il legislatore, non si oppongano alla loro tesi i principii generali del diritto civile internazionale, che o sono leggi positive italiane, o sono imperiosi postulati scientifici anche essi. Non tutti però i fautori della tesi giurisprudenziale, che io combatto, se ne dissimulano le difficoltà. Il Rocco, fra gli italiani, è certamente il più accurato e il più savio fra i sostenitori di quella tesi. Ma io credo che nè da lui, nè da altri, siano state, nè potranno mai essere veramente superate le gravissime difficoltà che alla medesima si oppongono.

In realtà quegli Stati che vollero assicurarsi il beneficio della universalità internazionale del fallimento, conchiusero anche convenzioni a tal uopo. Così per esempio la Prussia aveva convenuto cogli altri Stati della Confederazione ger-

Digitized by Google

manica la reciproca estensione della procedura di fallimento, avviata in uno Stato, anche agli altri (v. SAVIGNY, vol. 8, p. 291). Ed egli è alquanto strano che il Savigny, e, dopo di questo, il Rocco, adducano appunto questo esempio come un argomento in pro della tesi della universalità della procedura di fallimento, anche se non vi sia relativo trattato fra Stati e Stati. A me pare che l'esempio combatta invece la tesi, almeno in quanto gli Stati che stipularono il detto trattato diedero con ciò a divedere non essere stato loro avviso che altrimenti fosse possibile pervenire al risultato in discorso, neppure invocando quella *comitas gentium*, che J. VOET dapprima *(Ad pand.*, XX, 4, 812), e poi il SAVIGNY medesimo *(gütliche unterhandlung.*, ivi, p. 293) reputano argomento sufficiente onde supplire al difetto di trattato.

Ed è anche un fatto che sino ad ora la dottrina sostenuta dal Savigny e dal Rocco, e, prima di questi, dal FOELIX *(Droit int. et privé*, n. 468), dal PUFFENDORF (*Observ.*, tit. I, 217), e da J. Voet, propugnata dal Congresso giuridico italiano del 1881, dall'istituto di Gand nel 1891, e ultimamente da ASSER in un suo rapporto a questo istituto (1), per non citare molti altri scrittori, italiani e forestieri, quali CARLE, FIORE, DE ROSSI, GIANZANA, ESPERSON, FUSINATO, A. SIMON, WAISS, TIMMERMANS, BROCHER, HUMBLET, GLASSON, MUUHEIM, non è pacifica nella giurisprudenza italiana (2) e non consta che abbia trovato favore presso i tribunali stranieri. Fra i giudicati esteri contrari, notevoli sono parecchi del Tribunale supremo della Germania, sedente in Lipsia, come per es. del 28 giugno 1872, e del 25 gennaio 1873 (3). E persino fra gli Stati Uniti d'America non è praticata l'universalità del giudizio di falli-

(1) *Revue de droit int.*, 1892, n. 1, p. 5 e segg.

(2) Vuolsi aggiungere ai giudicati italiani favorevoli, posteriori alla unificazione politica, uno notevolissimo, anteriore, della Gran Corte civile di Napoli del 22 dic. 1784 (V. Rocco, p. 372 e segg.).

(3) *Revue de droit int.*, 1875.

Digitized by Google

mento (STORY, *Comm. on the conflict of laws*, pag. 403 e segg.)! E v' ha di più. Non solo non è finora praticata l' universalità del fallimento fra Stati che non vi si siano impegnati per trattato, ma vi ha anzi qualche Stato, la cui legislazione statuisce espressamente il principio contrario. Così per es. la Germania nel regolamento dei fallimenti del 1876 (§ 208), e la Repubblica Argentina, come si rileva dalla stessa decisione surriferita della corte di Genova.

Egli è giocoforza dire che alla tesi della universalità internazionale del fallimento ben gravi difficoltà si oppongono, poichè nessuna legge positiva la proclama, nessuno Stato la pratica, se non vi si è impegnato per trattato, nè essa ha per sè neppure la giurisprudenza pratica della maggior parte degli Stati, e soltanto è propugnata da molti giureconsulti, valenti bensì, ma ai quali si oppongono altri di non minore valore. Imperocchè se valentuomini sono certamente quelli menzionati poc'anzi, altrettanto lo sono il MASSÈ (*Droit comm. etc.*, vol. II, p. 810), il RENOUARD (cfr. ROCCO, l. c., p. 371 i. n.), lo STORY (l. c.), e il WESTLAKE (*Priv. intern. law*, § 118) (1).

Per me il forte, il grande, l' invincibile argomento contro la pretesa universalità internazionale della procedura di fallimento, è uno solo. *L'ordinamento del fallimento attiene al diritto reale, e per conseguenza ogni Stato lo regola, rispetto ai beni che si trovano nel suo territorio, colle proprie leggi, e queste leggi fa applicare dai proprii giudici;* onde, se un fallito in estero Stato ha beni anche in Italia, o non vi ha fallimento rispetto a questi beni, oppure esso dee venir dichiarato in Italia rispetto ai beni medesimi. Svilupperò successivamente queste due proposizioni, e rispetto alla seconda esaminerò l'espediente col quale non pochi giureconsulti cercano di sottrarvisi, dopo avere ammesso la prima.

(1) Lo Story non ammette la estensione della procedura del fallimento al beni immobili del fallito situati in estero Stato, e questa è anche la pratica dei tribunali inglesi (WESTLAKE, l. c., p. 134).

Digitized by Google

L'indole reale, tutta reale, esclusivamente reale, della procedura di fallimento, è da un pezzo riconosciuta dalla generalità dei giureconsulti, ed anzi ammessa dalla massima parte degli stessi fautori dell'universalità internazionale del fallimento, i quali a torto si figurano di evitare la più razionale conseguenza di tale premessa, come in seguito porrò in chiaro. Ed io non credo possibile darne migliore dimostrazione che colle parole dello stesso Rocco:

« quale è l'obbietto di tutte quante le disposizioni di legge attinenti al fallimento? Quali sono i fini che si pone innanzi il legislatore allorchè prese all'uopo la previsione sua? Certo che in questa parte i fini della legislazione non si rinvengono nell'interesse del debitore fallito. Non si intende al benessere dell'individuo, i cui affari si vedono volgere a ruina. Non è la personalità di lui che viene considerata, per determinare in una maniera universale ed assoluta la capacità o l'incapacità sua. Tutti cosiffatti riguardi per nulla entrano nella natura del fallimento: alla vece di queste cose, l'attenzione della legge si dirige, *et vim suam consumit*, intorno all'unità del commercio e delle mercantili speculazioni, nello interesse dei creditori che hanno contrattato col debitore fallito, e circa ai beni che formare debbono la loro guarentigia, procacciando che essi non vadano avvolti nel vortice della sciagura del fallimento, e siano, per quanto possibile, liberati da un totale disperdimento. Sicchè i fatti e le disposizioni delle leggi di commercio non han di mira l'interesse del debitore fallito, ma l'interesse dei terzi, cioè dei creditori, a cui si vuol assicurare la possibilità della satisfazione dei propri crediti. Epperò il patrimonio del debitore, e non la persona di lui, è l'obietto dello statuto » (op. cit., p. 458).

E ciò è chiaro, indiscutibile. L'ordinamento del fallimento è un provvedimento, anzi un complesso di provvedimenti dello Stato, intorno ad un complesso di beni, che hanno cessato di di essere nella libera disposizione del loro proprietario, onde

Digitized by Google

soddisfare ad un pubblico interesse, che è l'interesse dei terzi creditori di quel proprietario; dunque quel provvedimento fa parte del generale sistema della proprietà in ordine al pubblico bene, e dunque esso attiene al sistema giuridico reale d'ogni singolo Stato. L'asserzione di LYON-CAEN e RENAULT (*Précis du droit comm.*, vol. II, p. 931) « che le leggi sul fallimento non rientrano nello statuto reale, e che il loro scopo non è quello di regolare la condizione dei beni del fallito », di THALLER (*Des faillites en droit comparé*, vol. II, p. 335 e segg.), che « il fallimento affetta lo stato della persona », è appunto una semplice asserzione, la cui fallacia è manifesta.

E che cosa mai si potrebbe sul serio allegare onde sostenerla? Si vorrà egli forse dire che il diritto reale concerne soltanto la condizione giuridica di singole cose? Se ciò fosse vero, dovrebbesi inferirne, fra le altre assurde conseguenze, anche questa, per esempio, che il sistema giuridico della proprietà immobiliare di uno Stato, per cui, non sono ammessi oneri fondiari irredimibili, nè fedecommessi, nè comunioni matrimoniali universali, nè ipoteche occulte, nè beni indivisibili ecc., non faccia parte del generale sistema giuridico reale di uno Stato. L'ordinamento dei fallimenti attiene appunto a codesto sistema, come vi attiene indubbiamente ciascuno degli anzidetti provvedimenti.

Per ciò che riguarda in particolare la dichiarazione di fallimento, questa è pure un provvedimento dell'ordine *reale*, e non già dell'ordine personale. E a ciò bisogna particolarmente por mente, perchè non pochi sostenitori dell'universalità internazionale del fallimento si dipartono appunto dalla contraria opinione. E veramente questa è anche stata più di una volta accettata dai tribunali, come, per esempio, dalla Cassazione di Bruxelles, 6 agosto 1852 (ap. MASSÉ, op. cit., vol. II, p. 61). Ma è un grave e curiosissimo errore. Già il CASAREGIS aveva avvertito il carattere *reale* della dichiarazione di fallimento: « neque dici valet quod statutum valide inhabilitare,

Digitized by Google

« vel ligare possit personas subditas etiam quoad bona extra « suum territorium existentia; quia id locum habet dumtaxat « in statuto personaliter tantum loquente;..... secus vero in « casu quo statutum principaliter considerationem vel respec- « tum habuit ad res, seu bona, sive ejus effectus principaliter « versatur circa res vel bona, licet juxta materialem verbo- « rum sonum sermo videretur in personam subditi directus» *(De comm.* Disc. CXXX). Similmente ebbe a dichiarare la Cass. di Torino nella citata sentenza 29 aprile 1871: « l'inca- « pacità del fallito non è assoluta, ma relativa ai beni caduti « nel fallimento ». Che se si considera il vero e proprio effetto della dichiarazione di fallimento, nella nostra legislazione per esempio, ciò che dice il Casaregis, il carattere *reale*, anzichè *personale*, della dichiarazione di fallimento, si fa chiaro come la luce del sole. Dove è scritta nel codice civile l'incapacità dei falliti ad obbligarsi? Sono bensì nulli in virtù del codice commerciale, (art. 708) tutti gli atti e le operazioni del fallito, e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione del fallimento; ma ciò perchè? Perchè tutti questi atti vengono a modificare le condizioni patrimoniali del fallito, il quale per virtù della dichiarazione di fallimento è privato, di pieno diritto, dell'amministrazione dei beni suoi, e anche di quelli che gli pervengano durante lo stato di fallimento (art. 699). Ma anche all'infuori del caso di riabilitazione (art. 816), o di applicazione dell'articolo 839 del nostro codice di commercio, quando la procedura di fallimento è chiusa colla ripartizione dell'attivo (art. 815), oppure è cessata per insufficienza di attivo (art. 817), benchè lo stato di fallimento perduri, siccome il curatore del fallimento non è più in funzione, il fallito ricupera piena libertà d'azione e di obbligarsi, salvo il diritto dei creditori, in difetto di concordato, di farsi pagare il loro residuo credito (art. 815). Egli è quindi evidente che la dichiarazione di fallimento non rende propriamente il fallito incapace di obbligarsi,

Digitized by Google

ma piuttosto annulla gli obblighi e gli atti giuridici di lui, e questa nullità, impropriamente detta incapacità, fa dipendere dalla cessata amministrazione di lui, cioè dall' essere surrogata a questa sua amministrazione quella del curatore durante la procedura di fallimento. Onde, giustamente dice il Rocco (p. 358), e tanti altri ripetono con lui, che la incapacità del fallito, proveniente dalla dichiarazione del fallimento, non è che un mezzo onde assicurare ai creditori la fortuna di quello, fa parte anch' essa di tutti i provvedimenti intesi a questo scopo, è quindi un provvedimento essa stessa di indole patrimoniale.

È il patrimonio del fallito, è la gestione di questo patrimonio nell'interesse dei creditori, il vero oggetto di tutte le disposizioni della legge intorno alla procedura di fallimento, di tutti i provvedimenti di cui consta questa procedura, e anzitutto della dichiarazione di fallimento che è veramente il primo di tutti. E in questo senso diconsi dell'ordine reale le relative leggi, e giustamente si dicono tali. Imperocchè, come ho già accennato poc'anzi, se reale in istretto senso è un diritto che spetta ad un individuo, e per ragione di individuale interesse, su di una data cosa materiale, non si potrà certamente chiamar reale il diritto dei creditori sul patrimonio del fallito, ma ben si potranno in lato senso ascrivere all'ordine *reale* le leggi che quel diritto dei creditori disciplinano, allo scopo di assicurarlo sulle cose tutte di cui il patrimonio del fallito si compone, e avuto riguardo alla varia natura e alla varia condizione giuridica delle cose medesime. Certo si è che quelle leggi all'ordine personale non appartengono; e dunque esse appartengono all'ordine reale, poichè un *quid dimidium* fra *reale* e *personale* non c'è; soltanto il senso della parola *reale,* applicata alle leggi che disciplinano la gestione di un complesso di beni per uno scopo patrimoniale, non ha precisamente lo stesso significato come quando la si applica ai diritti di singoli individui su singoli beni. Il primo è più lato,

Digitized by Google

il secondo più ristretto, e forse chiamerebbersi meglio leggi di *diritto patrimoniale* le prime, e leggi di *diritto reale* le seconde. Ma le une leggi e le altre appartengono alla medesima famiglia, al medesimo ordine, perchè concernono i beni nella utilità loro per le persone, senza riguardo alla situazione subbiettiva di queste. E questa uguale appartenenza delle une e delle altre leggi ad un solo e medesimo ordine, cioè all'ordine patrimoniale, oltre ad essere vera e certa nella dottrina generale della legislazione civile, è poi di *fondamentale importanza* nella speciale dottrina civile o privata internazionale.

Le leggi intorno al regime del fallimento presentano molte analogie colle leggi intorno al regime dell'assenza. Quelle, come queste hanno per oggetto la gestione di un patrimonio per occasione di un fatto accaduto nella persona del proprietario di questo: il fallimento in un caso, l'assenza nell'altro; quelle come queste cominciano dal presupporre cessata la padronanza in chi l'ebbe precedentemente, e dallo esigere una relativa dichiarazione giudiziale, di fallimento in un caso, di assenza nell'altro; quelle come queste non hanno altra mira che di curare l'interesse patrimoniale dei terzi, interesse che nel primo caso ha propriamente l'aspetto di diritto, e nel secondo è semplicemente un interesse. Or chi può mai dubitare che il regime dell'assenza non faccia parte della legislazione patrimoniale di uno Stato, cioè abbia natura giuridica reale? Se dunque è tanta l'analogia d'indole e di scopo fra il regime del fallimento e il regime dell'assenza, come mai non si dovrà ascrivere anche quello alla legislazione patrimoniale dello Stato, e anche a quello attribuire natura giuridica reale, anzichè personale?

Osserverò ancora che se la dichiarazione di fallimento, colla quale la procedura di fallimento comincia, e la quale per comune consenso comunica la natura sua a tutta questa procedura, non fosse provvedimento legislativo e giudiziario

Digitized by Google

dell'ordine reale, non si comprenderebbe come dalle autorità e secondo le leggi dello Stato la si potesse indifferentemente pronunziare rispetto a nazionali e a forestieri residenti nello Stato. È canone infatti del diritto internazionale privato che in materia di stato e di capacità personale il giudice competente sia di regola quello dello Stato a cui appartiene l'individuo di cui si tratta, e quindi il giudice dell'ultimo domicilio che ebbe il forestiero nello Stato da cui proviene; e che in nessun caso possa pronunciarsi intorno allo stato e alla capacità di un forestiero se non a termini delle leggi nazionali di questo. Se la dichiarazione di fallimento fosse una sentenza in materia di stato e di capacità personale, non la si dovrebbe potere pronunziare in Italia secondo il cod. comm. italiano anche in confronto di forestieri; eppure il contrario accade, e dunque non è quella una dichiarazione in materia di stato e di capacità personale, ma è invece un provvedimento di indole patrimoniale o reale, perchè o l'uno o l'altro di questi due caratteri egli è inevitabile ed impossibile che essa non abbia.

Ho detto sopra che l'indole reale delle leggi intorno al fallimento è il principalissimo argomento della territorialità delle medesime. Soggiungerò ora il riflesso che, per essere d'indole reale o patrimoniale, quelle leggi attengono in pari tempo all'ordine pubblico dello Stato. E questo riflesso rende ancor più manifesta l'intrinseca importanza di quell'argomento.

L'Asser (l. c.) afferma il contrario, ma egli è manifestamente in errore. La tutela dei diritti dei terzi di fronte ad atti giuridici, siano unilaterali, siano bilaterali, degli individui, che è lo scopo e l'oggetto delle leggi intorno al fallimento, è tutela dell'ordine e della prosperità sociale, e quindi è interesse pubblico, cioè cómpito che a nessun altro compete fuorchè allo Stato, e al quale questo non può venir meno. Le leggi relative non possono certamente aver natura diversa da quella del loro oggetto. Precisamente è di diritto pubblico il regime del fallimento, come è di diritto pubblico il regime dei di-

Digitized by Google

ritti reali, propriamente detti, e quello pure dello stato e della capacità personale; perchè anche in tutti questi argomenti, come nel primo, lo Stato solo dà legge, e la dà per motivi di ordine pubblico, sia reale o patrimoniale, sia personale.

Se il regime del fallimento attiene alla legislazione reale o patrimoniale dello Stato, e, come tale, fa anche parte dell'ordine pubblico di questo, ne consegue di certo irrefragabilmente che ogni Stato lo stabilisce come crede, e che, come è stabilito e posto in essere in uno Stato, non può affatto estendere la sua efficacia nel territorio di altri Stati, cioè ai beni del fallito, mobili o immobili, situati in questi altri Stati. Non è maggiormente possibile estendere la procedura di fallimento ai beni del fallito, situati in esteri Stati, di quello che estendere il regime dell'assenza, il possesso temporaneo p. es., o il definitivo del patrimonio dell'assente, nazionale o forestiero, ai beni del medesimo situati in territorio estero (1), di quello che sia possibile estendere a cose materiali situate in paese estero le leggi di diritto reale, emanate nello Stato, estendere p. es. al beni immobili di un defunto nazionale, situati in paese estero l'articolo 8 del titolo preliminare del codice civile italiano, che regola le successioni ereditarie secondo la legge nazionale del defunto (v. sopra p. 105). Se le leggi dell'ordine pubblico personale, per comune consenso delle genti civili, seguono l'individuo anche in paese estero, ciò dipende appunto dalla circostanza che gli individui si muovono, e, recandosi in paese estero, reputansi sotto quel rispetto collegati sempre colla nazione da cui provengono.

Tutto ciò è, ripeto, verità evidente, irrefragabile. E non è possibile, per ciò che riguarda il fallimento in particolare,

---

(1) Ciò non impedisce però che della legge nazionale dell'assente forestiero debbasi tener conto nella determinazione degli eredi presuntivi, a cui accordare il possesso *temporaneo* e il *definitivo*.

Digitized by Google

restringere l'applicazione delle anzidette premesse e conseguenze ai soli beni immobili del fallito posseduti in paese estero, come pensa lo Story, e come ammette la giurisprudenza inglese (v. sopra). Meglio ragionano i giureconsulti americani, che tale distinzione non ammettono (ivi). Imperocchè le cose mobili si reputano fare una cosa sola colla persona a cui appartengono, finchè non si sa dove effettivamente risiedano; ma quando la loro sede è nota, non vi è nessuna ragione di sottrarle alla legge dello Stato in cui si trovano, sia che questa singolarmente le consideri, sia che nel loro complesso, come facienti parte di un patrimonio, purchè, le consideri come cose, dal punto di vista dei sociali o pubblici interessi che vi si riferiscono.

Negata e combattuta la universalità internazionale del regime, o giudizio, o procedura di fallimento, in nome e virtù della *realità* e dell'indole *pubblica* di questa, perde ogni fondamento e cade nel nulla la contraria dottrina, in quanto si diparte dalla premessa che la dichiarazione di fallimento sia una sentenza in materia di stato personale. Stimo però opportuno rilevare qui alcune altre gravissime pecche di codesta dottrina.

Noto anzitutto che coloro che la professano sono anche d'avviso che una dichiarazione di fallimento pronunziata all'estero, possa avere il suo effetto, cioè essere susseguita da tutta la procedura di fallimento anche rispetto ai beni del fallito situati nello Stato, senza bisogno di giudizio di delibazione e di sentenza di esecutorietà. E ciò perchè ritengono in generale quei giureconsulti che non occorra delibazione delle sentenze estere in materia di stato e capacità personale. Or questo mi sembra un modo di pensare torto e superficiale.

Prescindendo infatti dal ricercare se in generale possano avere effetto nello Stato le sentenze estere in materia personale, senza bisogno di delibazione, la dichiarazione di fal-

Digitized by Google

limento però, considerata pure come non è, cioè come sentenza in materia personale, è tuttavia tal sentenza, che dal giudizio di delibazione non si può esimere senza manifesto e grave pericolo. Non tutte le legislazioni infatti sono identiche nel definire quali persone possano essere sottoposte a dichiarazione di fallimento. Talune leggi consentono che si dichiari fallita qualunque persona, commerciante o no, che non paghi i propri debiti; altre, fra cui anche la nostra, non permettono dichiarazione di fallimento se non rispetto a commercianti. Se quindi ogni e qualunque dichiarazione di fallimento pronunciata in estero Stato, dovesse senza delibaziono produrre il suo effetto, potrebbe accadere che si procedesse per fallimento in Italia contro un non commerciante, in base ad una dichiarazione di fallimento forestiera, p. es. austriaca, e magari fosse suddito italiano il dichiarato fallito in Austria.

Sembrami poi non meno grave la leggerezza colla quale i fautori della personalità e della universalità internazionale del fallimento si accontentano della dimostrata efficacia internazionale della dichiarazione estera del fallimento, con o senza delibazione e giudizio di esecutorietà, per desumerne che dunque tutti quanti gli atti della procedura di fallimento, intrapresi all'estero, debbano avere effetto nello Stato, o possano essere intrapresi direttamente, e senz'altro, nello Stato, dalle persone cui la sentenza e la legge estera ne diano l'incarico.

Vero è che la sentenza dichiarativa del fallimento deve per esempio, secondo il codice di commercio italiano (art. 691, 704), enunciare, oltre alla nomina del curatore provvisorio e del giudice delegato, e al giorno in cui ebbe luogo la cessazione dei pagamenti, anche tutti i più essenziali provvedimenti ulteriori nell'interesse dei creditori. Ma poichè tutti questi provvedimenti hanno principalissimamente di mira l'assicurazione e il soddisfacimento dei diritti dei creditori, qual pensiero si dànno i sostenitori di quella dottrina, dei diritti dei creditori nazionali, o dimoranti nello Stato? Nessuno; essi

Digitized by Google

li affidano al curatore e al giudice delegato, o ai corrispondenti funzionari forestieri, colla medesima fiducia con cui sono loro affidati i creditori forestieri o residenti nell' estero Stato. Ma codesta è dottrina inammissibile. A parte infatti la insufficiente garanzia che offrono ai creditori nello Stato funzionari esteri, sottratti al controllo delle autorità locali, la sola ragione della distanza, che può essere talvolta grandissima, costituisce un pericolo pei creditori nello Stato, davanti al quale questi non possono essere lasciati indifesi. Per sola ragione di distanza, un ritardo nell'apposizione dei sigilli, nella formazione dell'inventario, nel prendere possesso della corrispondenza del fallito, e in generale in tutti quei provvedimenti urgenti per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa, di cui fa cenno l'art. 727 del nostro codice di commercio, ognuno vede di quanto danno possa essere pei creditori nel nostro Stato. E la convocazione dei creditori, può ella essere fissata nel medesimo giorno, sia pure nello Stato estero, tanto pei creditori all'estero, quanto pei creditori nello Stato? No certamente, ma e quale guarentigia hanno questi ultimi contro un abuso di tal genere, e come è egli possibile che la legge dello Stato non ne abbia escogitata nessuna? E per la verificazione dei crediti è egli possibile che si imponga un medesimo termine pei creditori nello Stato estero, dove il fallimento è stato dichiarato, e per quelli nel nostro Stato? No certamente, ma dov'è pei secondi la guarentigia che le autorità estere abbiano ad avere in proposito i debiti riguardi, che le leggi estere contengano un provvedimento analogo a quello dell'articolo 259 del nostro codice di commercio, benchè questo articolo non concerna che persone estere, i cui crediti sono stati posti in essere nello Stato? E non è lo stesso a dire rispetto alla partecipazione dei creditori nello Stato al concordato da deliberarsi eventualmente dove ha sede la gestione del fallimento?

Ora io appunto non capisco come mai a tutti questi così

Digitized by Google

gravi interessi dei creditori nello Stato si possano parecchi giureconsulti con tutta tranquillità di coscienza dispensare dal pensare, solo perchè a loro sembri che la dichiarazione estera del fallimento debba essere come tale riconosciuta nello Stato. Non capisco come mai, dato che da questa premessa debbano venire tutte quelle tristi e assurde conseguenze pratiche, non siansi essi indotti a dubitare di quella per ragione di queste. Ma egli è chiaro che per evitare le conseguenze bisogna togliere la premessa, cioè abbandonare affatto la dottrina dell'universalità internazionale del fallimento, e sostituirvene una affatto opposta, cioè quella della territorialità di ogni dichiarazione e procedura di fallimento. Ho poi appena d'uopo di avvertire che la mia meraviglia si fa ancor più grande al pensare che non solo vi ha chi professa la dottrina opposta alla mia, non facendosi nessun carico dei manifesti e incomportabili inconvenienti pratici, che necessariamente ne conseguitano, ma eziandio chi per accrescere ancor più, se è possibile, i pericoli pei creditori nello Stato, liberaleggia persino sul giudizio di delibazione della estera dichiarazione di fallimento, rinunciando anche a questa!

E ancora un'altra osservazione io ho da fare a carico di questi giureconsulti, tanto e troppo liberali.

Non riflettono essi che l'economia del giudizio di fallimento è varia secondo gli Stati, e che talune delle forme o istituzioni ond'ella è costituita in uno Stato, non è ammessa, cioè non è riputata utile o conveniente in altri Stati. Prendo ad esempio l'istituto della *moratoria*. Non tutte le legislazioni mercantili lo ammettono, e certamente questa differenza fra le legislazioni non è di poco rilievo, se si pensa alle gravi ragioni per cui la moratoria è condannata da molti pratici anche là dove essa è in vigore. Or si può egli leggermente ammettere, in nome soltanto dell'astratto principio dell'universalità del fallimento, che uno Stato, il quale non consente *moratoria* al fallito, debba non tanto lasciare imporre ai propri sudditi la

Digitized by Google

sospensione della procedura di fallimento in un estero Stato, quanto impedire ai medesimi, ed agli altri creditori nello Stato di non mettere tempo in mezzo a domandare e fare eseguire, senza interruzione alcuna, a termini delle leggi dello Stato, la dichiarazione del fallimento in confronto di un forestiero che nello Stato ha negoziato, e contratto debiti che non può pagare? Se a questo e ad altri esempi di divergenze fra le varie legislazioni su punti o istituzioni essenziali del giudizio di fallimento avessero posto mente coloro, i quali si dipartono dalla asserita *personalità* dalla dichiarazione di fallimento, per venire alla universalità internazionale, sia di quella dichiarazione, sia di tutta la conseguente procedura, non avrebbero tardato ad accorgersi non solo che siffatta universalità è affatto inammissibile, ma eziandio che tale essa è perchè il giudizio di fallimento, del pari che le leggi che lo riguardano, attengono all'ordine e alla legislazione patrimoniale o reale, anzichè alla personale.

Vi hanno però, come ho già detto più sopra, anche giureconsulti, i quali propugnano l'universalità del giudizio del fallimento, riconoscendo pure che questo giudizio e le relative leggi attengono al diritto all'ordine patrimoniale o reale, anzichè al personale; p. es., l'illustre Rocco segue, come ho già notato, codesta dottrina, e il cons. Bertolini del pari; fra i giudicati, quelli citati della corte di Napoli, 4 maggio 1868, e della Cassazione di Torino, 13 aprile 1867. Come mai dalla medesima premessa questi giureconsulti deducono una conseguenza opposta a quella che ne deduco io? Questo punto ha ora d'uopo di venire preso anch'esso in attenta considerazione.

Non è veramente deduzione opposta alla mia quella che da altri si fa dalla premessa che il giudizio di fallimento e le relative leggi attengono all'ordine reale, e non al personale; ciò non sarebbe possibile. Piuttosto è a dire che quei giureconsulti opinano di potersi sottrarre all'azione di tale premessa, introducendo fra il giudicato estero in materia di fallimento, e

Digitized by Google

i beni del fallito situati nello Stato, un terzo ed estrinseco elemento, il quale agli occhi loro colma in certa guisa quel vuoto, toglie quel salto dal primo ai secondi, che la suddetta premessa farebbe apparire impossibile a superarsi. E quel terzo ed estrinseco elemento è la dichiarazione di esecutorietà della sentenza estera dichiarativa del fallimento.

Precisamente così pensano il Rocco, e altri molti, e hanno sentenziato più volte i nostri tribunali: la dichiarazione del fallimento, e tutta la conseguente procedura attengono al diritto reale, e come tali non potrebbero avere nessuna efficacia in esteri Stati; ma se quella sentenza viene dichiarata esecutoria in un estero Stato, cessa l'obbietto alla sua efficacia internazionale, desunto dalla *realità* della sua natura.

L'espediente sarebbe facile e semplice davvero per vincere una grave difficoltà; ma non è egli per avventura troppo semplice e facile, perchè lo si possa ritenere adeguato?

Ciò appunto io credo, nè parmi difficile il dimostrarlo.

La dichiarazione di esecutorietà può bensì venir sempre richiesta rispetto ad una sentenza civile estera, ma non la si può sempre accordare. E la si accorda o no, fra gli altri motivi, anche perchè alla legge, di cui la sentenza estera non è che l'applicazione, si possa o non si possa attribuire efficacia fuori del territorio in cui impera, cioè perchè l'oggetto a cui la legge e la sentenza estera si riferiscono, sia o non sia tale che lo Stato in cui la esecuzione è richiesta, non debba reputare di sua esclusiva spettanza il regolarlo colle proprie leggi e colle sentenze dei propri tribunali. Ora in quanto i detti giureconsulti trascurano questa ricerca, la loro dottrina circa l'efficacia internazionale della dichiarazione di fallimento, si risolve in una petizione di principio; e in quanto essi medesimi ammettono il carattere reale di quella dichiarazione e di tutta la conseguente procedura di fallimento, ma nonostante insegnano che la dichiarazione di fallimento si possa dichiarare esecutoria, la dottrina loro pecca manifestamente di contradizione, e si

Digitized by Google

distrugge da sè medesima. E codesto duplice trascorso mentale è anche meno perdonabile ai successori dell' illustre Rocco in Italia, i quali, a differenza da questo, hanno davanti a sè gli articoli 941 e seg. del codice di proc. civile intorno alla delibazione e dichiarazione d' esecutorietà delle sentenze estere. Poichè infatti l'alinea 4° dell'art. 941 esclude dalla esecutorietà le sentenze estere il cui contenuto contraddice alle leggi di diritto pubblico italiano, ed è appunto un principio universale del pubblico diritto, che in materia *reale*, quale è il regime del fallimento, ogni Stato governi da sè nel territorio proprio, non mi pare possa essere dubbio che anche a termini di quella testuale disposizione della legge italiana la universalità internazionale della dichiarazione e della procedura di fallimento non si possa affatto sostenere.

E così la dottrina del Rocco, e di molti altri, mentre da una giusta premessa deduce una conseguenza manifestamente falsa, non solo non iscuote per nulla la tesi che io vado propugnando, ma la suffraga invece potentemente, poichè la mia tesi poggia appunto sulla stessa premessa di quella. Onde io posso dire che stanno per la tesi della *non universalità* internazionale, o della *territorialità* della dichiarazione di fallimento, non soltanto tutti coloro i quali apertamente la professano, e non sono pochi, ma anche la metà, per lo meno, di coloro che la combattono, cioè tutti coloro i quali vanamente si studiano combatterla, dopo avere consentito coi loro avversari che la questione attiene all'ordine e alla legislazione *reale-pubblica* di ogni singolo Stato. O in altri termini, contro coloro che la *universalità internazionale* della procedura di fallimento desumono dalla pretesa *personalità* delle relative leggi, sta la *grande maggioranza* dei giureconsulti, la quale è concorde nel negare affatto quella *personalità*, e discorda soltanto nell'avvertire *una cosa evidente*, cioè che, se la procedura di fallimento appartiene alla legislazione *reale-pubblica*, non può farsi che in ogni singolo Stato secondo le leggi sue, e per

Digitized by Google

opera delle autorità giudiziarie sue, e che nell'Italia in particolare ciò è ancor testualmente sancito dall'art. 941, 4° del codice di proc. civile.

Aggiungerò, a conferma dell'anzidetto, che il Rocco si adattava così male alla contraddizione in cui era caduto, che nuovamente si ebbe a contraddire nel porre le norme della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare del fallito all'estero. Egli insegna che tutte le questioni intorno al possesso, al sequestro, al pegno dei mobili del fallito, come pure intorno alla validità dei pagamenti e delle obbligazioni poste in essere dal fallito, devono essere decise secondo la legge del luogo dove i mobili si trovano (loc. cit., pag. 364-366); e, quanto agli immobili, insegna pure che non soltanto le *preferenze* dovranno essere regolate dallo statuto reale, e le vendite disposte dalle autorità locali, ma che, *indipendentemente dal giudizio di fallita fervente altrove*, gli immobili possono formare oggetto di una esecuzione locale (l. c., p. 369). Che siffatte proposizioni siano affatto inconciliabili colla *universalità* internazionale del giudizio di fallimento, non è d'uopo dimostrare. Il Bertolini infatti, che pure segue in sostanza la dottrina di Rocco, professa ben diverse massime su quegli argomenti, e piuttosto è dell'avviso del Savigny, il quale (loc. cit., pag. 289-291) opina che, salva l'applicazione dello statuto reale al giudizio dei diritti reali acquistati su cose mobili o immobili situate in estero Stato, possa il giudice estero del fallimento promuovere tutti gli atti necessari alla liquidazione del patrimonio estero del fallito, da farsi conformemente allo statuto locale. Il Savigny però non si è dato troppa briga di premettere se il giudizio di fallimento appartenga piuttosto all'ordine reale pubblico, o al personale.

Mi rimangono a considerare due obiezioni alla tesi della territorialità del giudizio di fallimento; l'una di ordine teorico, l'altra di ordine pratico.

La prima consiste nell'asserita indole universale del giudizio

Digitized by Google

di fallimento, dalla quale si induce senz'altro l'universalità internazionale del giudizio medesimo. Questa è, come dissi dapprincipio, la vera premessa ultima, il vero impulso primo dei fautori della tesi da me combattuta. Ma dalla premessa alla conseguenza non vi ha nesso di logica necessità. Nessuno può negare che il giudizio di fallimento sia universale, cioè abbracci tutti i beni del fallito, come questi, prima del fallimento, costituivano un unico patrimonio; ma se rispetto ad un medesimo fallito si aprissero distinti concorsi in tutti gli Stati, dove egli possiede beni, non sarebbe ognuno di questi concorsi un giudizio universale rispetto a tutti i beni giacenti in ogni singolo Stato? E in questa ipotesi al certo figurerebbe anche il fallito aver tanti distinti patrimoni, quanti sono gli Stati nei quali sono disseminati i suoi averi. Che il concetto dell'universalità del fallimento sia nazionale o internazionale, si applichi ripetutamente in differenti Stati rispetto ad una medesima persona, od una volta sola per il complesso di tutti quegli Stati, egli è del tutto indifferente al concetto medesimo, il quale nella sua astrattezza ha soltanto la virtù di abbracciare e unificare tutta quella qualunque massa, più o meno grande di beni, su cui i creditori del fallito possono far valere giudizialmente le loro ragioni. Ciò che determina la concreta estensione di quella applicazione, l'unicità o moltiplicità della medesima rispetto ad una persona data, ed in particolare la moltiplicità territoriale oppure l'unicità internazionale, se la medesima persona possegga beni in differenti Stati, non possono essere che circostanze e ragioni affatto estranee al concetto astratto del fallimento e dell'*universalità* sua. E tali sono veramente le ragioni comunemente addotte in sostegno dell'universalità internazionale del fallimento, e anche di varia natura. In parte sono ragioni d'ordine meramente razionale, in quanto all'unità morale del patrimonio di una persona sparso in differenti Stati, fa riscontro l'unità giuridica del patrimonio medesimo; in parte d'ordine pratico, in quanto agli

Digitized by Google

interessi del commercio internazionale ripugna la moltiplicità dei fallimenti in differenti Stati in confronto di una medesima persona; in parte d'ordine giuridico, in quanto l'universalità internazionale del fallimento, suggerita dalla ragione e dalla pratica utilità, si ritiene conciliabile colla indipendenza degli Stati, in tutto ciò che attiene all'interno loro ordine patrimoniale e pubblico. Ma se queste ragioni si ritengono sufficienti a dimostrare la tesi dell'universalità internazionale del fallimento, questa tesi è anche ad esse sole raccomandata, perchè per esse soltanto l'*universalità astratta* del giudizio di fallimento si traduce in concreta *universalità internazionale*, anzichè in un complesso di *universalità nazionali* o territoriali, ove il fallito abbia complessi di beni in differenti Stati.

Non è questo del fallimento del resto il solo caso, in cui nel diritto internazionale privato si abusi del concetto di *giudizio universale*. Un altro consimile abuso, frutto di un equivoco, ci offre la dottrina di molti scrittori odierni intorno al giudizio ereditario nel diritto internazionale. E anche qui io sono costretto a criticare il grande Savigny. Questi, e molti dopo di lui, combattono l'aforisma *quot territoria tot haereditates*, in nome della universalità della successione, e del relativo giudizio. Ma non riflettono che appunto perchè l'antica giurisprudenza, e anche l'odierna nella maggior parte degli Stati, ammettono tante eredità quanti sono i complessi di beni lasciati da un defunto in paesi differenti, non negano il carattere universale della successione e del relativo giudizio, e soltanto ammettono parecchie *universalità* ereditarie territoriali, invece di una sola internazionale. Se, come giustamente e gloriosamente il Savigny fu il primo ad insegnare, l'interesse dei privati, e la vera intenzione di questi consigliano ed esigono che il detto aforismo venga abbandonato, come infatti l'abbandonò teoricamente il legislatore italiano (art. 8, tit. prelim., cod. civ. it.), e che una sola legge e un solo giudice governino la eredità, benchè sparsa in differenti Stati, cotali ragioni non

Digitized by Google

hanno nulla che fare col concetto astratto dell'*universalità* ereditaria, e della universalità del giudizio successorio. E qui pure quelle ragioni di convenienza e di opportunità devono essere combinate con altre di indole giuridica, concernenti la conciliabilità del nuovo principio, che si può dire *savigniano*, colla indipendenza degli Stati in materia patrimoniale pubblica.

Ed ora, io dico, nello stesso modo in cui col solo invocare il carattere *universale* del giudizio successorio non si dimostra che le leggi e i giudici dello Stato, a cui apparteneva il defunto, possano estendere l'azione e la competenza loro ai beni da lui lasciati in altri Stati, anche la sola invocazione del carattere universale del giudizio di fallimento non può bastare a dimostrare che le leggi e i giudici dello Stato, in cui risiedeva il fallito, possano estendere l'azione e la competenza loro anche ai beni lasciati dal fallito in altri Stati.

E come, in difetto di espressa disposizione della legge, o di convenzione internazionale, non è possibile, ed io l'ho ampiamente dimostrato (v. p. 105 qui sopra), che alle norme vigenti in uno Stato intorno alla competenza giudiziaria in materia di successione si attribuisca efficacia internazionale, così anche per quest'argomento d'analogia apparisce impossibile attribuire efficacia internazionale alle norme vigenti in uno Stato intorno alla competenza giudiziaria in materia di fallimento, fintantochè le leggi di altri Stati non la consentano, o un accordo internazionale fra più Stati non attribuisca loro reciprocamente il diritto e l'obbligo corrispondenti. Le quali due riforme in materia di competenza giudiziaria internazionale sono del resto certamente desiderabili e possibili, ed anzi urgenti, e per analoghi motivi, fra tutti gli Stati civili, e affratellati dagli interessi privati civili commerciali.

La seconda obbiezione accennata sopra, e propriamente di indole pratica, è la seguente.

Dice il Savigny (l. c., p. 287) che, se non si ammette la

Digitized by Google

tesi sua, cioè l'universalità internazionale del giudizio di fallimento, si viene necessariamente ad attribuire competenza per un'azione personale al giudice determinato col *criterium rei sitae.* E lo stesso concetto svolse poscia il Rocco (l. c., p. 370): « fra gli altri assurdi, si incorrerebbe poi anche in quest'altro, che non si potrebbe trovare il giudice competente (fuori del territorio dove il fallito è domiciliato). Non potrebbe essere a proposito il giudice *rei sitae*, perchè l'azione di concorso è personale. Nè potrebbero essere il giudice di qualunque altro luogo, non essendo oggi ammessa la moltiplicità del domicilio, e solo nel territorio dell'esclusivo domicilio è fondata la giurisdizione rispetto alle azioni personali ».

Codesta obbiezione si risolve in sostanza nel rappresentare la competenza meramente *territoriale* del giudice dello Stato in cui il fallito ha il suo domicilio, come un ostacolo insormontabile alla procedura di fallimento in tutti gli altri Stati in cui il fallito possegga beni. O, in altri termini, i detti giureconsulti raccomandano la tesi dell' universalità internazionale del fallimento anche come una necessità per così dire *di fatto*, essendo cioè impossibile, a loro avviso, dar competenza a giudici d'altri Stati, oltre a quello dello Stato in cui è domiciliato il fallito, che possieda beni anche in altri Stati.

Sembra forte sulle prime la obbiezione, ma, se ben si considera, la si rimuove colla massima facilità, ed essa apparisce una mera petizione di principio, solo che la si confronti colle premesse poste in sodo qui sopra intorno all'indole del giudizio di fallimento.

Le stesse ragioni infatti per le quali il giudizio di fallimento, come le leggi che lo regolano, vuol essere considerato attinente all'ordine *reale o patrimoniale pubblico,* conducono manifestamente a ritenere che i beni posseduti dal commerciante fallito in differenti Stati formano altrettanti complessi distinti e separati, quanti sono gli Stati medesimi. Sia pure

Digitized by Google

detta la *casa* commerciale, stabilita in uno Stato, mera *succursale* di altra casa esistente in altro Stato, in realtà però essa vuol essere giuridicamente considerata come una *casa a sè*, fintantochè gli Stati non si accorderanno, come sarebbe bene, e come sarebbe ormai tempo, a considerarla diversamente in ordine ai giuridici effetti. E se *giuridicamente* sono tanti patrimoni o *case* commerciali distinte, gli averi, i crediti e i debiti che un medesimo commerciante possegga in differenti Stati, benchè egli ad una sola di esse intenda dare e dia effettivamente il carattere di *casa principale* o madre, ne consegue che egli deve giuridicamente essere reputato avere tanti domicilii quanti sono quei patrimoni, quelle case, quegli Stati. Sia egli pure domiciliato effettivamente la dove esiste la casa principale, ciò non impedisce che egli *debba* essere giuridicamente *riputato* aver anche tutti quegli altri domicilii. E se in ognuno di questi Stati il fallito deve giuridicamente reputarsi domiciliato, ben potranno altrettante procedure di fallimento aprirsi negli Stati medesimi, e tutte conserveranno il carattere di *azioni personali.* Nè vale arguire in contrario dal canone che una medesima persona non può avere che un solo domicilio; questo canone vale soltanto nel diritto nazionale, e per ogni singolo Stato, non nel diritto internazionale. O almeno non è questo un canone del diritto internazionale in ordine appunto alla procedura di fallimento, fintantochè, come ho detto, le civili nazioni non si accorderanno ad estendere al diritto internazionale in tale argomento ciò che vale pel diritto civile comune, che è sempre inteso essere *diritto nazionale.* Alla pretesa, ma non vera *necessità* adunque, allegata dal Savigny e dal Rocco, io dirò, rispondendo specialmente a quest'ultimo, che se ne può contrapporre un'altra, di ben miglior lega, e ben più sicura, la necessità cioè di non cadere in contraddizione col non applicare allo speciale argomento della competenza in materia di fallimento le generali premesse, dal Rocco medesimo accettate, intorno alla natura

Digitized by Google

giuridica di questo giudizio e di tutte le leggi che vi si riferiscono.

Conchiudo col ripetere ciò che dissi dapprincipio: l'universalità internazionale del giudizio di fallimento è certamente un desiderato del commercio internazionale, è anche un voto della scienza, che non dovrebbero tardare ad esaudire le nazioni civili mediante apposite convenzioni; ma sino a che queste convenzioni non siano state fatte, nello stato presente del diritto internazionale privato, specialmente italiano, è impossibile alla giurisprudenza l'ammettere quel principio senza contraddire a fondamentali canoni di quel diritto. Trattasi in sostanza di derogare al canone della territorialità delle leggi e delle giurisdizioni in materia reale o patrimoniale pubblica, e siffatta deroga, come ogni altra ulteriore innovazione del diritto privato internazionale, non può maggiormente il giudice da sè solo permettersi, di quello che ad un solo Stato sarebbe possibile introdurla. Tale fu anche l'avviso che prevalse nel seno del *Congresso per la legislazione industriale e commerciale,* tenuto ad Amsterdam in occasione della *Esposizione internazionale coloniale.* Ed ivi fu anche pur troppo riconosciuta la difficoltà del sospirato accordo internazionale, attese le grandi differenze che intercedono fra le legislazioni degli Stati civili in materia di fallimento, anzitutto sul punto se il fallimento debbasi pronunciare soltanto pei commercianti o anche pei non commercianti (*V. Monitore dei trib.*, 1884, p. 1115).

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

PARTE PRIMA

Questioni di diritto ereditario

La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie. . . . . *Pag.* 1
Efficacia della data posta al principio delle disposizioni testamentarie . . . . . » 17
Verità della data di un testamento olografo confrontato con un codicillo . . . . . » 27
La « fiducia » nel diritto civile italiano. . . . . » 34
L'ipoteca testamentaria nel diritto civile italiano . . . . . » 45
Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare . . . . » 54
Purificazione delle condizioni apposte alla vocazione fedecommissaria nei fedecommessi aboliti . . . . . » 77
Della prelazione dei creditori dell'eredità in seguito alla separazione dei patrimoni . . . . . » 91
La clausola finale dell'art. 8 del Titolo Preliminare del Codice civile italiano . . . . . » 105

PARTE SECONDA

Questioni di diritto delle obbligazioni.

Obbligazioni civili al portatore . . . . . » 129
Momento perfezionativo del contratto fra assenti . . . . . » 156
Unilateralità del mutuo ad interesse. . . . . » 200
Risarcibilità dei danni morali . . . . . » 225
Responsabilità dei pubblici ospedali e istituti congeneri . . » 264
Conseguenze civili della seduzione di donna con promessa di matrimonio . . . . . » 287
Del risarcimento del conduttore nella espropriazione per causa di pubblica utilità . . . . . » 310
Della espropriazione forzata dello Stato, delle Provincie e dei Comuni . . . . . » 326
Della universalità del giudizio di fallimento . . . . . » 365

Digitized by Google

FIRENZE - TIP. LUIGI NICCOLAI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google